

Revista Crítica Penal y Poder
2019, nº 18
Diciembre (pp. 82-93)
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
Universidad de Barcelona



LA EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS SUSTITUTIVA DE LA PENA DE PRISIÓN: RESOLUCIÓN EN FASE DE EJECUCIÓN

*THE EXPULSION OF FOREIGN NATIONALS AS AN ALTERNATIVE TO IMPRISONMENT:
DECISION IN EXECUTION PHASE*

José Antonio Tomé García*

*Profesor Titular de Derecho procesal
Universidad Complutense Madrid*

RESUMEN

El análisis de los supuestos en los que el juez o tribunal sentenciador puede sustituir la pena de prisión impuesta a un ciudadano extranjero por su expulsión en fase de ejecución de sentencia y el procedimiento que se ha de seguir para ello constituye el objeto de estudio de este artículo.

Palabras clave: expulsión judicial extranjeros, ejecución penal.

ABSTRACT

The analysis of cases in which the sentencing judge or court may substitute the prison sentence imposed on a foreign citizen for his expulsion during the execution of the sentence and the procedure to be followed for that purpose is the subject of this article.

Keywords: judicial expulsion foreigners, criminal execution.

* Miembro del Proyecto I+D+i “La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización” (IUSMIGRANTE), [DER2016-74865-R (AEI/FEDER, UE)], en cuyo marco se ha elaborado este artículo.

1. Introducción

El art. 89 CP contempla la posibilidad de que la pena de prisión impuesta a un ciudadano extranjero por la comisión de un delito pueda ser sustituida por su expulsión concurriendo determinados requisitos. Tal decisión la puede adoptar el juez o tribunal sentenciador en la misma sentencia que dicte o, una vez firme la sentencia dictada, en la fase de ejecución. Pues bien, en estas páginas, vamos a centrar nuestro comentario en esta última alternativa, es decir, en el análisis de los supuestos en los que procede decidir esta cuestión en fase de ejecución y el procedimiento a seguir. El precepto básico en esta materia lo constituye el apartado 3º del art. 89 CP (precepto reformado por LO 1/2015):

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.

Resulta, por tanto, conforme al mencionado precepto, que la expulsión sustitutiva se puede acordar tanto en sentencia, que será la regla general, como en auto posterior a la misma. Lo mismo sucedía antes de que el art. 89 fuera reformado por la LO 11/2003, puesto que, aunque dicho precepto, en aquel momento, guardaba silencio sobre este asunto, en la práctica se admitía que la sustitución se acordara en sentencia o posteriormente. Sin embargo, tras la LO 11/2003, la situación cambió radicalmente al exigir expresamente el art. 89 CP que las penas impuestas a un extranjero fueran sustituidas por su expulsión en la sentencia.

Posteriormente, con la LO 5/2010, el legislador cambió de nuevo de criterio y, también expresamente, estableció que, aunque las penas [...] serán sustituidas “en la sentencia” (regla general), también podía “acordarse la expulsión en auto motivado posterior” o “durante su ejecución”. Finalmente, como vemos, tras la reforma de 2015, se sigue con el mismo criterio, aunque introduciendo como novedad la precisión de que procede resolver estos temas en ejecución de sentencia, una vez firme la sentencia dictada, cuando no haya sido posible hacerlo en la sentencia. Por eso, en principio, habrá que entender que, si la expulsión sustitutiva se pidió en los escritos de calificación provisional y el acusado y las demás partes personadas tuvieron la posibilidad de pronunciarse al respecto, haciendo alegaciones frente a dicha petición y proponiendo los medios de prueba en sus correspondientes escritos de calificación o defensa, así como en el juicio celebrado con la presencia del acusado, será posible la resolución de este tema en sentencia y no se debe diferir a la fase de ejecución. Por el contrario, en otras ocasiones que veremos a continuación, en las que la resolución de este tema en sentencia no sea posible por diferentes motivos, la expulsión sustitutiva de la pena de prisión podrá ser decidida en fase de ejecución.

En la práctica, tal y como se menciona expresamente en la Memoria de la FGE de 2019, de los 2861 informes favorables a la expulsión sustitutiva del art. 89 CP emitidos por el MF en el año 2018, “el mayor número de solicitudes se han realizado en el escrito de acusación (1.849 = 64’62%). En fase de elevar a definitivas las conclusiones se ha informado

favorablemente en 275 ocasiones (= 9'61%) y en ejecución de sentencia 737 veces (= 25'76%)”.

2. Casos en los que procede resolver la expulsión sustitutiva en fase de ejecución

Los casos en los que procede resolver en la fase de ejecución, al no ser posible la resolución en sentencia, serían, entre otros, los siguientes:

1.- Cuando en la misma sentencia, el juez o tribunal decida diferir la resolución de la expulsión sustitutiva a la fase de ejecución de la sentencia, al no poder adoptar en ese momento la resolución correspondiente. En este tema debemos partir de las reflexiones que efectuó nuestro TC, en Sentencia 145/2006, de 8 de mayo, sentencia en la que se planteó el tema de articular la posible resolución de la expulsión sustitutiva de la pena de prisión en ejecución de sentencia, con el derecho a la ejecución de sentencias en sus propios términos - como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24. 1º CE. En dicha sentencia se otorgó el amparo al entender que el auto dictado en ejecución de sentencia acordando la sustitución de la pena originaria por la de expulsión del territorio español, en ese caso concreto en el que nadie solicitó la expulsión en el proceso de declaración, ni el juez en su sentencia la acordó y, además, se acuerda en ejecución de sentencia la sustitución de la pena cuando ya se había extinguido buena parte de su duración, alteraba sustancialmente los términos de la parte dispositiva de la sentencia condenatoria¹. Por tanto, partiendo de lo

¹ “En el caso que aquí se examina [...] el demandante fue condenado a la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, cuatro mil pesetas de multa, con responsabilidad personal en caso de impago de dos días, así como al abono de las costas procesales, comenzando el 28 de junio de 2001 a cumplir la pena privativa de libertad, que debía quedar extinguida el día 21 de junio de 2004 [...]. Estando la sentencia en avanzada fase de ejecución, ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que dio una nueva redacción al art. 89.1 CP, y tras seguir los trámites oportunos, la Audiencia Provincial dictó Auto el 19 de noviembre de 2003 acordando la sustitución de la pena originaria por la de expulsión del territorio español, decisión que fundamentó, de un lado, en la consideración de que se cumplían los requisitos establecidos en el nuevo texto del citado art. 89.1 CP, pues el penado es una persona extranjera no residente legalmente en España castigado a pena privativa de libertad inferior a seis años; y, de otro lado, en la apreciación de que la norma contemplada, aun siendo posterior a los hechos objeto de la causa, es aplicable a los mismos por cuanto la anterior redacción del precepto reformado preveía también, aun cuando de forma facultativa para el Juez, aquella sustitución. Frente a esta resolución el demandante interpuso el correspondiente recurso de súplica, que fue desestimado por mantenerse las circunstancias que determinaron el acuerdo de expulsión, es decir, los requisitos establecidos en el art. 89 CP [...] Pues bien, se aprecia claramente que el órgano judicial ha incumplido la regla de razonabilidad antes reseñada, puesto que el modo de ejecución que se pretende a través de las resoluciones recurridas y que denuncia el demandante altera sustancialmente los términos de la parte dispositiva de la Sentencia condenatoria, no resultando razonable la argumentación que para cohonestar su pronunciamiento esgrime el órgano judicial. Y ello porque, aun cuando es cierto, como se constató una vez hechas las comprobaciones oportunas, que concurrían los requisitos subjetivos para la aplicación de la norma en que aquellas resoluciones se fundamentan (esto es, que el recurrente no tenía permiso de residencia en España ni constaba petición alguna en tal sentido), sin embargo, como pone de manifiesto el Ministerio público, la interpretación efectuada por el órgano judicial, según la cual cabe aplicar en este supuesto, en fase de ejecución, la nueva normativa, resulta irrazonable

señalado por el TC en la citada sentencia, debemos insistir en la importancia de que, durante el juicio y en la posterior sentencia que se dicte, se haya planteado la conveniencia de aplicar o no la expulsión sustitutiva, si bien, al no ser posible resolver en ese momento, se difiere su resolución a la fase ejecución.

Es lo que suele suceder en los juicios rápidos con conformidad, en los que es muy frecuente que los abogados soliciten un cierto tiempo para poder acreditar aquellas circunstancias relativas al extranjero que puedan evitar la expulsión sustitutiva (o, en palabras del art. 89. 4º CP, aquellas circunstancias personales del autor, en particular su arraigo en España, que conduzcan a considerar desproporcionada la expulsión)². En la práctica, los Juzgados de Instrucción están concediendo este tiempo y la decisión sobre la sustitución de la pena se remite para la fase de ejecución de la sentencia ante el Juzgado de lo Penal. Ahora bien, lo anterior no impide que, si no se necesitara dicho tiempo porque ante el Juez de Guardia ya se pudo alegar y probar lo relativo a la posible expulsión sustitutiva de la pena de prisión, en la misma sentencia dicho Juez de Guardia resuelva dicha cuestión³ (sin olvidar que la conformidad del acusado con la expulsión sustitutiva solicitada por el Ministerio Fiscal no

básicamente por dos razones: de un lado porque el texto del art. 89.1 CP vigente al tiempo de dictarse la Sentencia condenatoria facultaba al órgano judicial para acordar la sustitución y, pese a ello, nadie la solicitó ni aquél la acordó pudiendo hacerlo; de otro porque la nueva redacción del art. 89.1 CP prevé la sustitución en Sentencia si la pena privativa de libertad es inferior a seis años, y únicamente en el caso de que la pena sea superior a seis años cabe acordar la expulsión del territorio nacional en fase de ejecución, lo que no sucede en el caso presente. A ello cabe añadir que la irrazonabilidad de la interpretación se hace aún más evidente si se tiene en cuenta que, de ejecutarse las resoluciones judiciales impugnadas, en puridad no estaríamos ante una verdadera y propia sustitución, sino que, dado lo avanzado del cumplimiento de la pena privativa de libertad por el penado, realmente se produciría una acumulación sucesiva de dicha pena y de la medida de expulsión, efecto que no se desprende en modo alguno del citado art. 89.1 CP, salvo, y solamente, como se acaba de indicar, que se trate de una pena privativa de libertad superior a seis años, lo que, ha de reiterarse, no acontece en el caso que aquí se examina [...] Así las cosas, resulta palmario que los Autos impugnados, con base en una argumentación manifiestamente irrazonable, añaden una nueva consecuencia jurídica que altera de modo esencial el contenido del fallo y la correspondiente ejecución de la Sentencia condenatoria en los términos allí plasmados, lesionando de este modo el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE. En consecuencia, ha de otorgarse el amparo impetrado” (F.J. 4º STC núm. 145/2006, de 8 de mayo). Vid., también sobre este tema, la STC 110/2009, de 11 de mayo y la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 842/2010, de 30 septiembre (RJ 2010\765).

² Como señala la Memoria de la FGE de 2019, “uno de los problemas endémicos, puesto de manifiesto por diversos Fiscales Delegados, es la falta de acreditación de la situación administrativa del extranjero, así como de sus circunstancias personales, laborales y sociales determinantes de arraigo, por no constar estos datos en los correspondientes atestados, siendo más grave la cuestión en los casos de Juicios Rápidos, pero constituyendo también un escollo importante en el resto de los procedimientos, dada la dificultad de su aportación a lo largo de la instrucción por la demora que supone, teniendo límites temporales para su conclusión. Esta circunstancia, favorece que la cuestión se derive y debata en la fase de Ejecución en el correspondiente incidente incoado al efecto”.

³ El art. 801.2º LECrim, con relación a la conformidad en los juicios rápidos, menciona expresamente que, tras dictar sentencia de conformidad, si el fiscal y las partes personadas expresasen su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia y, si la pena impuesta fuera privativa de libertad, “resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución”.

vincula al Juez, que podrá decidir a estos efectos lo que considere oportuno conforme a lo dispuesto por el art. 89 CP⁴).

También es frecuente en la práctica que el acusado alegue las circunstancias personales antes mencionadas en los escritos de calificación y en el juicio, pero tales circunstancias no hayan resultado probadas suficientemente durante el mismo. En estos casos, no es raro que el Juez o Tribunal sentenciador difiera también la resolución a la fase de ejecución⁵. No obstante, no sería la única alternativa que tendría dicho Juez o Tribunal. Es evidente que, teniendo en cuenta que el Código Penal le obliga a resolver en sentencia si fuere posible, el Juez o Tribunal podría interpretar que dicha insuficiencia de prueba en realidad pone de manifiesto la inexistencia de esas circunstancias y del arraigo y, en consecuencia, acordar la expulsión sustitutiva de la pena, sin más. Otra posibilidad es que, en el momento de resolver este asunto, el Juez o Tribunal sentenciador tuviera dudas acerca de si concurren o no esas circunstancias personales o arraigo del acusado y resolviera dichas dudas a favor del acusado aplicando el principio *in dubio pro reo* (siempre que, por supuesto, se trate de auténticas dudas o incertidumbre, no siendo suficiente la simple alegación del arraigo por parte del acusado, sin que se aporte ninguna justificación del mismo). Por otra parte, con relación a la prueba del arraigo, tampoco podemos olvidar, por un lado, el papel imparcial que debe tener el Ministerio Fiscal y, por tanto, el interés que debe tener en que se acrediten, en su caso, esas circunstancias personales determinantes de la resolución a adoptar; y, por otro, que, en caso de imposibilidad acreditada de acreditar dichas circunstancias por parte del acusado (por ejemplo, al estar en prisión y no entender correctamente nuestro idioma), el Tribunal también deberá colaborar a estos efectos (por ejemplo, recabando el envío de documentación acreditativa).

Cuando el juicio oral se haya celebrado en ausencia del acusado, al concurrir los requisitos del art. 786.1º II LECrim., y la solicitud de la expulsión sustitutiva de la prisión no se hubiere efectuado en el escrito de calificación provisional, sino una vez ya iniciado el juicio, en el trámite de cuestiones previas o al presentar la calificación definitiva, el juez no debe decidir en sentencia sino diferir el tema a la fase de ejecución, haciendo así posible que el acusado alegue e intente probar lo que considere oportuno al respecto⁶.

⁴ Si el acusado se muestra conforme con la calificación de los hechos, la pena pedida y con la petición de sustitución de la pena formulada por el Ministerio Fiscal, dicha conformidad no vincula al Juez o Tribunal en lo relativo a la sustitución de la pena y, por tanto, deberá resolver lo que considere oportuno al respecto independientemente de la misma (vid., en esta línea, SSTS núm. 1546/2004, de 21 diciembre [RJ 2004\8219]; núm. 1400/2005, de 23 de noviembre [RJ 2006\728]; 366/2006, de 30 de marzo [RJ 2006/2130] y 166/2007, de 14 de febrero [RJ 2007/2178]).

⁵ Vid., por ejemplo, SAP de Vizcaya (secc. 1ª) núm. 55/2016, de 29 julio (JUR 2016\229783); SAP de Barcelona (secc. 9ª), nº 24/2018, de 16 de enero (JUR 2018\157548); SAP de Madrid (secc. 23ª) núm. 303/2018, de 18 abril (JUR 2018\16648) ...

⁶ Vid., en este sentido, por ejemplo, SAP de Vizcaya (secc. 2ª), núm. 15/2017, de 24 marzo (JUR 2017\136519).

También habrá que entender que la cuestión de la expulsión sustitutiva de la pena de prisión se ha de resolver en la fase de ejecución cuando en el momento de dictar sentencia se constata que no se dio audiencia a las partes sobre este tema, tal y como exige expresamente la ley⁷.

Por otra parte, también sería recomendable diferir la resolución sobre la expulsión sustitutiva de la pena de prisión a la fase de ejecución, cuando el acusado se encuentre investigado, encausado o condenado en otros procesos que se estén tramitando simultáneamente, circunstancia que puede tener relevancia a la hora de decidir si procede o no la expulsión sustitutiva de la pena de prisión⁸.

2.- Al margen de los supuestos antes mencionados, también parece oportuna la resolución en fase de ejecución, cuando sea el propio condenado quien solicite, en dicha fase, la sustitución de la pena por su expulsión en aquellos casos en los que, por los motivos que sea, el juez o tribunal sentenciador no se hubiere pronunciado al respecto en la sentencia. Además, tampoco habría ningún obstáculo para que, si al condenado le interesa, y a su instancia, este solicite la expulsión en ejecución de sentencia, cuando, conforme a lo dispuesto por el art. 89 CP, proceda sustituir la ejecución del resto de la pena que le quede por cumplir por su expulsión, cuando acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional (vid. art. 89. 1º y 2º CP). En este sentido, cabe resaltar que no son excepcionales los casos en los que la Administración Penitenciaria concede con cierta celeridad el tercer grado, y el interno, a continuación, solicita rápidamente su expulsión.

3.- Cabría pensar en la posibilidad de que en ejecución de sentencia se revise la resolución adoptada en sentencia sobre la expulsión sustitutiva de la pena de prisión cuando sobrevengan nuevas circunstancias que amparen dicha revisión. A estos efectos debemos tener en cuenta que es perfectamente posible la reversión de la decisión de expulsión como consecuencia del cambio sobrevenido de las circunstancias antes de que se materialice la expulsión⁹. Se trataría de supuestos que en la práctica se producen con mucha más frecuencia de la que en un principio pudiéramos pensar, porque, como sabemos, muchas veces nuestros tribunales acuerdan en sentencia la ejecución de todo o parte de la pena de prisión impuesta en un centro penitenciario, y, posteriormente, la expulsión del extranjero, expulsión que, en ocasiones, se lleva a cabo después de que el ciudadano extranjero haya cumplido varios años de prisión. En estas circunstancias nos podemos encontrar con casos en los que, antes de que se proceda a la expulsión, el ciudadano extranjero haya planteado un incidente en ejecución solicitando que se deje sin efecto la expulsión acordada por un cambio de las circunstancias personales que puedan acreditar, por ejemplo, un arraigo que antes no se tenía pero que ahora sí se tiene,

⁷ Vid., por ejemplo, SAN (Sala de lo Penal, secc. 1ª) núm. 39/2016, de 20 diciembre (JUR 2017\753); SAP de Granada (secc. 2ª), núm. 488/2017, de 11 octubre (JUR 2017\311608).

⁸ Vid., por ejemplo, SAP de Vizcaya (secc. 1ª) núm. 11/2017, de 29 marzo (JUR 2017\83272).

⁹ Vid., en esta línea, el punto 8º de la CFGE 7/2015, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por LO 1/2015. Como destaca la Memoria de la FGE de 2018, uno de los problemas de índole práctico detectados ha sido precisamente el “gran retraso en materializarse la expulsión, lo que en ocasiones obliga a la revisión de la decisión adoptada al respecto”, así como el “abuso de la vía de solicitud sistemática de asilo o protección, que se viene realizando para forzar el retraso de las expulsiones en ejecutoria” (en la misma línea se manifiesta la Memoria de la FGE de 2019).

arraigo que podría convertir en desproporcionada la expulsión inicialmente acordada en sentencia¹⁰.

4.- Cuando en el momento de dictar sentencia no proceda acordar la expulsión sustitutiva al no darse los requisitos exigidos por el art. 89 CP y, posteriormente, como consecuencia de que se estime algún recurso interpuesto contra la sentencia, resulte que sí concurren los mencionados requisitos. Sería, por ejemplo, el caso de que la pena impuesta en primera instancia fuera inferior a un año de prisión y, posteriormente, como consecuencia del recurso de apelación interpuesto, la pena impuesta al ciudadano extranjero fuera de más de un año y, por tanto, susceptible de ser sustituida por la expulsión conforme al art. 89. 1º CP. En estos casos, si se solicita expresamente la expulsión, y el MF, el acusado o las demás partes no han tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, el tema se ha de resolver en ejecución de sentencia.

5.- Cuando se estima el recurso interpuesto contra la sentencia, dejando sin efecto la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional ya acordada, al presentar el recurrente en esta segunda instancia pruebas del arraigo en España del ciudadano extranjero¹¹, y el Tribunal *ad quem* decide que sea en ejecución de sentencia donde se dicte un pronunciamiento al respecto con todas las garantías¹². A veces, incluso, en estos casos el Tribunal *ad quem* se limita a dejar sin efecto la expulsión sustitutiva de la pena inicialmente

¹⁰ Con relación al citado tema, la CFGE 7/2015 formula la siguiente propuesta: “Si desde la firmeza de la sentencia o auto que acuerden la expulsión sustitutiva de un ciudadano extranjero transcurren, por cualquier causa, más de dos años sin que ésta se haya ejecutado, podrá reconsiderarse la decisión judicial si hay motivos suficientes para creer que la situación del extranjero ha experimentado tal variación, en sentido favorable a su arraigo en España, que el cumplimiento de la medida haya devenido desproporcionado. Los Sres. Fiscales interesarán en tal caso que se abra un incidente en la ejecutoria con el fin de dar audiencia al penado asistido por su Letrado y a las restantes partes, si las hubiere. Este incidente se abrirá automáticamente si se trata de ciudadanos de la UE. Cabrá también excepcionalmente la reconsideración antes de los dos años, si concurre causa justificada”.

¹¹ En ocasiones, el Tribunal *ad quem*, que conoce del recurso de apelación, admite la presentación en la segunda instancia de documentos con los que se pretende acreditar el arraigo del ciudadano extranjero, incluso aunque tales documentos pudieron presentarse en primera instancia (vid., por ejemplo, SAP de Madrid [Sección 1ª], núm. 217/2017 de 19 mayo [JUR 2017\174615]). Y ello a pesar de que, como sabemos, en segunda instancia solo se pueden practicar, además de las pruebas indebidamente denegadas y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables al que la propone, aquellas pruebas que no se pudieron proponer en la primera instancia (vid. art. 790.3º LECrim.). En otras ocasiones, sin embargo, no se admiten por el tribunal *ad quem* los mencionados documentos. Incluso se llega a afirmar, con relación al intento del recurrente de probar un hecho del que derive el arraigo que menciona el art. 89.4º CP, que tal circunstancia “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” (STSJ de Cataluña [Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª] núm. 44/2018, de 22 mayo [JUR 2018\242363]).

¹² Vid., por ejemplo, SAP de Vizcaya (secc. 2ª), núm. 90388/2014, de 23 octubre (JUR 2015\14828).

acordada por el Juzgado de lo Penal, y no exige que el tema se resuelva de nuevo en ejecución de sentencia¹³.

6.- Cuando a pesar de la obligación que tienen los Jueces y Tribunales de resolver en sentencia, si es posible, el tema de la sustitución de la pena por expulsión, no lo hubieren hecho, también se permite que la decisión del asunto se efectúe en fase de ejecución. No obstante, debemos precisar, por un lado, que las partes también podrían haber solicitado la aclaración de la sentencia conforme a lo señalado por el art. 161 LECrim. - sin perjuicio de que la resolución de dicha aclaración pueda consistir, precisamente, en diferir la resolución del asunto a la fase de ejecución -; y, por otro, que son numerosas las resoluciones en las que se insiste en la idea de que la sentencia no incurre en incongruencia omisiva determinante de la nulidad de la misma, porque la norma completa la posibilidad de que se resuelva la petición de expulsión en comparecencia posterior siempre que no se haya resuelto en sentencia¹⁴.

Además, para estos casos, en los que en la sentencia no se haya resuelto nada sobre la expulsión sustitutiva de la pena, debemos valorar positivamente los acuerdos existentes entre las Fiscalías Provinciales y los Centros Penitenciarios de la provincia, para que éstos comuniquen al Juzgado sentenciador los casos en los que se encuentren con un extranjero condenado por sentencia firme en el centro penitenciario en cuestión, y sobre el que no se hubiera dispuesto nada al respecto de su expulsión judicial en la sentencia, para que en la ejecución de la misma se proceda a acordar lo procedente¹⁵.

3. Procedimiento a seguir

Cuando la resolución sobre la expulsión sustitutiva tenga lugar en ejecución de sentencia, el art. 89. 3º CP exige que el juez o tribunal, “una vez declarada la firmeza de la sentencia”, se pronuncie “con la mayor urgencia”, y “previa audiencia al Fiscal y a las demás partes” (penado y demás partes acusadoras si las hubiera), sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena.

El juez o tribunal al que se refiere el precepto es, evidentemente, el juez o tribunal sentenciador (vid. arts. 9, 985, 986 y 792.3º LECrim.), sin que, con relación a este tema, tenga ninguna intervención el juez de vigilancia penitenciaria. Ahora bien, existen algunos casos en los que el juez o tribunal que va a conocer del incidente de sustitución en ejecución no va a ser dicho juez o tribunal que dictó la sentencia: a) Es lo que puede suceder en algunas

¹³ Vid., en esta línea, SAP de Madrid (Secc. 2ª) núm. 570/2018 de 17 julio (JUR 2018\24541).

¹⁴ Vid, por ejemplo, SAP de Murcia (secc. 5ª), núm. 91/2017, de 2 mayo (JUR 2017\164638).

¹⁵ Así, por ejemplo, el acuerdo existente entre la Fiscalía Provincial de Las Palmas de Gran Canaria y los directores de los Centros Penitenciarios de la provincia (al que se refiere la Memoria de la FGE de 2018). En estos casos, en ejecución de sentencia, “el Juzgado de lo Penal, o la Audiencia Provincial requieren informe a la Fiscalía, la cual, analizando el caso concreto, solicitando los informes pertinentes y siempre con la audiencia del extranjero, lo emite en el sentido que estima acorde con la ley y las circunstancias concurrentes”.

ciudades (Madrid, Barcelona, Valencia, Palma de Mallorca, Bilbao, San Sebastián) en las que existen los denominados Juzgados de ejecutorias creados al amparo del art. 98. 1º LOPJ. En estos casos, puede resultar que el juzgado que conoce del incidente de sustitución que estamos exponiendo desconozca todo lo relacionado con el asunto que da origen a la sentencia que ahora se ejecuta, con los problemas que ello puede provocar. b) Lo mismo ocurre en los juicios rápidos que concluyen con sentencia de conformidad dictada por el Juez de Guardia, puesto que, como sabemos, a dicho Juez no le corresponde ejecutar la sentencia que dicta, sino que, como señala el art. 801.4º LECrim, dicho Juez

acordará lo procedente sobre la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado y realizará los requerimientos que de ella se deriven, remitiendo el Letrado de la Administración de Justicia seguidamente las actuaciones junto con la sentencia redactada al Juzgado de lo Penal que corresponda, que continuará su ejecución.

En cuanto al procedimiento a seguir en fase de ejecución, se ha de desarrollar, a partir del momento que se declaró firme la sentencia dictada, un incidente de naturaleza declarativa, con relación al cual el art. 89.3º lo único que exige es, como hemos visto, por un lado, que dicha resolución se pronuncie “con la mayor urgencia”, lo cual es razonable si tenemos en cuenta que el deseo del legislador es que este tema se hubiera resuelto mucho antes, cuando se dictó la sentencia. Y, por otro lado, imponiendo la “previa audiencia al Fiscal y a las demás partes”, exigencia derivada de la necesaria observancia del principio de contradicción, evitando situaciones de indefensión. En consecuencia, si como suele ser frecuente, es el Ministerio Fiscal quien solicita la expulsión sustitutiva de la pena de prisión, es imprescindible darle al condenado la posibilidad de alegar y proponer las pruebas que considere oportunas al respecto. Lo mismo cabría decir en el caso, mucho más excepcional, de que hayan sido otras acusaciones las que hubieren solicitado la expulsión sustitutiva.

Además, también nos podemos encontrar con supuestos, también frecuentes, en los que es el propio condenado quien solicita la expulsión, puesto que, en numerosas ocasiones, la expulsión sustitutiva de la pena que le ha sido impuesta le puede resultar especialmente favorable. En estos casos, cuando la solicitud la formula el condenado (o alguna acusación distinta al Fiscal), será necesario dar audiencia al Ministerio Fiscal, tal y como exige el art. 89. 3º CP, puesto que no hay que olvidar que la sustitución de la pena impuesta por la expulsión constituye una renuncia del Estado a actuar el *ius puniendi* en su modalidad de hacer ejecutar lo juzgado¹⁶. Además, también será necesario dar a audiencia a las demás partes personadas. Incluso, aunque el art. 89. 3º CP no lo mencione, también sería razonable dar audiencia a la víctima del delito, a pesar de que no se haya personado como parte. En esta línea, debemos resaltar que, a diferencia de lo previsto en la Ley de Extranjería (LO 7/85), la expulsión del extranjero como sustitutiva de la pena impuesta se puede acordar, aunque no se haya asegurado la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar como consecuencia de la comisión del delito, cuestión que resulta de evidente interés para la

¹⁶ Vid. SSTS 901/2004, de 8 de julio (RJ 2004/4291); 514/2005, de 22 de abril (RJ 2005/4714) y 274/2006, de 3 de marzo (RJ 2006/5687).

víctima (y que también deberá tener en cuenta el Ministerio Fiscal debido a que a él también le incumbe velar por la protección procesal de las víctimas (art. 3.10 EOMF). Ahora bien, debe quedar claro que, dado que la expulsión judicial sustitutiva constituye una manifestación de la potestad del Estado de actuar o renunciar al *ius puniendi*, del que es titular en exclusiva, es evidente que la opinión de la víctima y de las demás acusaciones sobre la sustitución o no de la pena, no vincula la decisión que el juez haya de adoptar al respecto.

Al margen de lo anterior, la ley no precisa nada más sobre los trámites que se han de seguir con relación al mencionado incidente. En la práctica parece ser que se suele conceder un plazo para que las partes, por escrito, hagan sus alegaciones y propongan pruebas. Posteriormente, si se admitiera alguna prueba cuya práctica requiere la celebración de una vista, esta tendrá lugar, y a la misma deberán ser citados el MF y las demás partes. Tras la celebración, en su caso, de esa vista o comparecencia, el juez o tribunal competente para conocer de la fase de ejecución resolverá motivadamente por medio de auto (art. 141 LECrim.), resolución que se notifica al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas.

Frente al procedimiento antes descrito, nosotros sugerimos algunas mejoras:

a) Sería preferible que, en todo caso, se procediera a citar a una vista o comparecencia al Fiscal, al penado y a las demás partes para que en la misma hagan las alegaciones y aporten las pruebas que consideren oportuno al respecto. Con carácter previo, o incluso en la misma vista si no hubiera sido posible hacerlo con anterioridad, las partes deberían poder pedir colaboración al juzgado en la obtención de las pruebas pertinentes (por ejemplo, reclamando documentación a organismos públicos)¹⁷.

b) El auto que el juez o tribunal competente dicte resolviendo el tema de la posible sustitución de la pena de prisión por la expulsión debería notificarse también a la víctima del delito. Es decir, lo mismo que la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, dispone que a toda víctima que haya realizado la solicitud a la que se refiere el apartado m) del artículo 5.1 de dicho Estatuto, se le notificará, entre otras resoluciones, la sentencia que ponga fin al procedimiento, también debería haber previsto que se le notificaran los autos en los que se decida, en ejecución de sentencia, la sustitución o no de la pena de prisión por la expulsión del ciudadano extranjero.

¹⁷ En línea con la citada propuesta, el art. 651 del Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (elaborado a instancia del ministro Ruiz Gallardón del PP), preveía que en la fase de ejecución de sentencia tuviera lugar una audiencia en la que se alegara lo que se considerara oportuno al respecto, en los siguientes términos: “1.- El Tribunal podrá convocar a las partes a una comparecencia al inicio de la ejecución para que expongan todas sus peticiones sobre posibles formas sustitutivas de cumplimiento de las penas privativas de libertad, ejecución de las responsabilidades pecuniarias, y cualesquiera otras cuestiones relativas a la ejecución. 2.- A la comparecencia será citado el penado. 3.- La ausencia injustificada del penado o de otras partes constituidas no será causa de suspensión. 4.- La comparecencia podrá ser sustituida por una audiencia por escrito a todas las partes por el plazo de cinco días, cuando hubiese razones que lo aconsejen. 5.- El Tribunal en el acto, sin perjuicio de su posterior documentación, o en los cinco días siguientes, dictará auto resolviendo sobre todas las cuestiones suscitadas. 6.- En los particulares en los que expresamente esté admitido por este Código, tal auto será susceptible de recurso de apelación o casación. 7.- Salvo que se acredite que han variado sustancialmente las circunstancias determinantes de la decisión, se rechazará cualquier petición ulterior sobre las cuestiones ya decididas o aquellas que hubieren podido plantearse en este trámite”.

Por último, en cuanto a los recursos que cabe interponer contra los autos dictados en ejecución de sentencia en los que se acuerda o deniega la expulsión sustitutiva de la pena, debemos señalar que, tradicionalmente, hemos defendido que, si dicho auto lo dictaba el Juzgado de lo Penal (o Central de lo Penal), sería recurrible en reforma (aunque no sería necesario interponer previamente dicho recurso) y apelación, tal y como dispone el art. 766 LECrim.; si quien dictaba dicho auto era la Audiencia, el mismo sería recurrible en súplica (art. 236 LECrim.). Interpretación que, además, venía siendo respaldada por la práctica de nuestros tribunales¹⁸. Sin embargo, recientemente, la interpretación que vienen manteniendo nuestros tribunales, defendida igualmente por la CFGE 7/2015, consiste en considerar, como señala la STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª), de 18 enero de 2018 (JUR 2018\78618), que, cuando la expulsión sustitutiva de la pena de prisión solicitada

no pueda resolverse en sentencia y haya que hacerlo en ejecución de la misma, la decisión judicial deberá guardar la forma de auto que, en la medida en que constituye un pronunciamiento integrante de la propia sentencia, será recurrible en apelación al amparo de lo previsto en el art. 846.ter LECrim en relación con los arts. 790 a 792 LECrim, conforme a lo previsto STS núm. 531/2010 de 4 junio (FD.1) y de acuerdo con lo que admite la FGE en su Circular núm. 7/15¹⁹[...] Las mismas razones abonan que, ulteriormente, pueda serlo también en casación, al amparo del art. 848 LECrim.

En definitiva, por tanto, contra los autos en los que se decida, en ejecución de sentencia, la sustitución o no de la pena de prisión por la expulsión del ciudadano extranjero, en la actualidad procede interponer los mismos recursos que cabe plantear contra las sentencias en las que se decidan tales cuestiones: apelación y, en su caso, casación²⁰.

¹⁸ Vid., por ejemplo, AAP de Cádiz (Sección 6ª, Ceuta) núm. 244/2018, de 9 octubre (JUR 2018\306324), en cuyos antecedentes de hecho, sexto y octavo, se menciona expresamente la interposición por parte del condenado de recurso de reforma y posterior de apelación contra el auto dictado por el Juez de lo Penal en el que se dispuso sustituir la pena de prisión impuesta al condenado por su expulsión del territorio español una vez cumplierse las dos terceras partes de la misma, con prohibición de entrada en él durante 10 años. Vid., también, antecedente de hecho primero del AAP de Girona (Sección 4ª), núm. 475/2018 de 16 agosto (JUR 2018\314969); antecedente de hecho segundo del AAP de Madrid (Sección 29ª) núm. 455/2018, de 28 junio (JUR 2018\231632); AAP de Madrid (Sección 16ª) núm. 725/2009, de 11 septiembre (JUR 2009\45406); AAP de Murcia (Sección 5ª) núm. 118/2006, de 11 julio (JUR 2006\25282); AAP de Huelva (Sección 3ª) de 9 marzo 2004 (JUR 2004\155915).

¹⁹ Vid., en la misma línea, CFGE 1/2018, sobre algunas cuestiones que suscita la nueva regulación de la segunda instancia en materia penal: “Aplicando criterios lógicos y sistemáticos habrá igualmente de admitirse la apelación frente a autos dictados por la Audiencia Provincial sobre materias que podrían haber sido resueltas en la sentencia. Este será el caso del auto que resuelve sobre la suspensión de condena (art. 82 CP) y del auto que acuerda en fase de ejecución la expulsión sustitutiva de la pena (art. 89.3 CP). Otra interpretación llevaría a la consecuencia absurda de que tales decisiones serían o no apelables en función del momento procesal en el que se adoptaran”.

²⁰ La víctima del delito que no se hubiere personado como parte en el proceso no está legitimada para recurrir dicho auto, lo mismo que no puede recurrir la sentencia dictada. En este sentido, no cabe trasladar aquí la posibilidad prevista en el art. 13 de la mencionada Ley 4/2015, que, como sabemos, sí permite que la víctima,

BIBLIOGRAFÍA

Boza, D. (2016): *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.

García España, E. (2016): “La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015, ¿de la discriminación a la reinserción?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18(7). Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-07.pdf>

González, M.M. (2016): “La cuarta reforma del artículo 89 del Código Penal relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión”, en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXVI, 131-197.

Magro, V. y Solaz, E. (2010): *Manual práctico sobre la ejecución penal*, Madrid, La Ley.

Recio, M. (2016): *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, Madrid, Dykinson.

Yáñez, R. (2015): *Extranjero y proceso penal. Controversias sobre la expulsión del territorio nacional*, Madrid, Reus.

aunque no se hubieren mostrado parte en la causa, pueda recurrir determinadas resoluciones dictadas por los juzgados de vigilancia penitenciaria en ejecución de sentencia.