

Assumppte: RV: sustitución de penas

De: "Javier Galparsoro" <servjurideus1@cear.es>

Data: 03/10/2005 10:27

A: <servjurideus1@cear.es>

Hola Sonia

Tratándose de un juicio rápido, el art. 801 LECRIM establece que una vez declarada la firmeza de la sentencia el Juez resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución, es decir, primero tenemos una sentencia que se declara firme y a posteriori tenemos una nueva resolución que se pronuncia sobre la suspensión de la ejecución o la sustitución de la pena.

Sin embargo, el art. 89 CP, establece que las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legal serán sustituidas en Sentencia por su expulsión.

El art.88, genérico en suspensión de las penas, establece que la sustitución será, previa audiencia de las partes, en Sentencia o, posteriormente, en auto motivado.

El art. 89 CP fue reformado por la L.O. 11/2003 y hay que fijarse que en la anterior redacción, la sustitución no era imperativa sino potestativa.

A raíz de esta modificación el TS se ha decantado por entender que la actual redacción es de dudosa constitucionalidad y que debe existir un previo debate con contradicción sobre la procedencia o no de la expulsión.

Las diferencias básicas respecto de la regulación anterior son dos. En primer lugar, la configuración de la expulsión como la regla general, aun cuando cabe no acordarla como excepción, ya que en el sistema anteriormente vigente la decisión era facultativa para el Tribunal. En segundo lugar, en la regulación actual no se menciona expresamente la necesidad de oír al penado con carácter previo a acordar la sustitución, lo que podría indicar la posibilidad de prescindir de la audiencia antes prevista expresamente.

Los fines de la expulsión se explican por el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, refiriéndose a una mayor eficacia en la medida de expulsión que se alcanzaría de todas formas en vía administrativa, y en evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto.

No puede entenderse, sin embargo, que la sustitución de la pena por la expulsión en estos casos tenga un carácter automático, solo alterado por la posibilidad de una excepción para determinados casos.

De un lado porque no pueden dejar de considerarse otros aspectos de las penas que resultan trascendentes. Así, en la STS nº 1249/2004, de 28 de octubre, se hacía referencia, con carácter ejemplificativo y no exhaustivo, a la sensación de impunidad que puede provocar la sustitución, pues el delito no va seguido de la pena; al déficit que provoca en la función de prevención general, e incluso a la desaparición de los posibles efectos resocializadores de la pena. Podría añadirse la desorientación y la sensación de impunidad discriminatoria que tal medida puede producir en los casos de varios penados por los mismos hechos siendo unos extranjeros residentes ilegales y otros no. Todos ellos son aspectos que deben ser considerados en todo caso, y no solo cuando no se acuerde la sustitución, pues es la valoración de los mismos lo que determinará, al menos en parte, el sentido de la resolución judicial.

De otro lado, porque en la propia regulación de la expulsión en la redacción actual del precepto se incluyen elementos que requieren una acreditación y valoración previa. Así, en primer lugar, el hecho de que el acusado sea una persona que no reside legalmente en España, lo cual puede ser discutido, o puede

estar en discusión en la vía correspondiente. Y en segundo lugar, la referencia que se hace a la naturaleza del delito como elemento que el Tribunal ha de tener en cuenta al adoptar su decisión sobre la sustitución. En este segundo aspecto, no puede interpretarse la mención a la naturaleza del delito como una referencia a la clase de infracción, pues si así fuera el legislador habría establecido una relación de los delitos en los que tal aspecto sería decisivo sin acudir a una cláusula como la vigente. Tampoco la interpretación del precepto permite entender que se ha pretendido excluir solamente los delitos mencionados en el apartado cuarto, pues en ese caso la previsión del apartado primero sería innecesaria.

En consecuencia, no basta que el Juez o Tribunal atienda a la clase de delito cometido, sino que es preciso que examine algún elemento más que le permita valorar la conveniencia de acordar la expulsión o, excepcionalmente, de proceder al cumplimiento de la pena en España. Y éstos elementos no pueden ser otros que las circunstancias del hecho y del culpable, las cuales, por otra parte, deben ser tenidas en cuenta por imposición expresa de la ley al individualizar la pena, en cuanto que ésta es la respuesta estatal a la comisión del delito que debe resultar proporcionada a la culpabilidad por el hecho concreto, sin que se aprecie la concurrencia de ninguna razón de peso para que tales aspectos no sean valorados si la pena es sustituida por una medida de seguridad (artículo 96 del Código Penal), que, como resulta del mismo Código Penal, no puede ser impuesta sino es previa la comisión de un delito. En este sentido, en la STS nº 901/2004, de 8 de junio, se decía que "al respecto debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de Ley Orgánica, ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba -y así está en la actualidad- respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado «olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir y que el TEDH valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión»".

Por lo tanto, al no ser automática la sustitución de la pena por la expulsión, en cuanto exige algunos requisitos sobre los que puede practicarse prueba, y en cuanto cabe una excepción basada en las características del hecho criminal, incluyendo en ellas las circunstancias del culpable, es preciso oír al acusado sobre la cuestión; que haya existido la posibilidad de que el acusado proponga prueba sobre los hechos pertinentes y alegue lo que le convenga sobre el particular, y que en la sentencia se efectúe una motivación suficiente en función de las características del caso que justifique la resolución finalmente adoptada.

Conclusiones que son las adecuadas a la configuración legal de la expulsión como una medida de seguridad para cuya imposición no es posible prescindir de una motivación suficiente.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 7 Jun. 2005, rec. 543/2004

Ponente: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel Nº de sentencia: 710/2005 Nº de recurso: 543/2004

Al respecto debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de Ley Orgánica, ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba -y así está en la actualidad- respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado... olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir... y que el TEDH valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión.

En conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales

superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 8 Jul. 2005, rec. 1165/2004 Ponente: Monterde Ferrer, Francisco Nº de sentencia: 906/2005 Nº de recurso: 1165/2004.

Aún cuando observo que el MF ya lo interesó en su escrito de acusación, así parece desprenderse de la sentencia que adjuntas, no creo que exista en los autos suficiente prueba para ser debatida y sometida a contradicción respecto a la situación personal de la persona acusada, por lo que quizás sería posible plantearse una nulidad de actuaciones.

Además, ¿por qué no se aplica la reducción de 1/3 a la prohibición de entrada? Acaso no permite el art 801 LECRIM que la pena pueda resultar inferior a la prevista?

Si la expulsión no se puede ejecutar de inmediato la solución es el cumplimiento de la pena, no cabe cumplir la pena o parte de ella y luego terminar con expulsión.

Conozco un único caso práctico y el Juez de lo Penal, con posterioridad a la Sentencia, convocó una audiencia para debatir sobre la procedencia o no de la expulsión. De momento acordó su expulsión pero dicha decisión está en apelación ante la audiencia.

Estas son las ideas que se me ocurren, sin profundizar mucho en el tema, que lo merece y por tanto animo a todos a seguir estudiando y aportando soluciones.

Joan R. Puig Pellicer
Responsable Extranjería Figueres

jrpui@icafi.com
www.bufetpuig.net

----- Original Message -----

From: Javier Galparsoro

To: servjurideus1@cear.es

Sent: Thursday, September 29, 2005 8:59 PM

Subject: RV: sustitución de penas

Hola a todos.

Esta es una consulta que hace Sonia de Lleida.

El tema concreto es tremendamente GRAVE.

Si podéis pasarlo y aquellos que seáis especialistas en penal apuntar ideas...

Hola compañeros,

Me preocupa el tema de las sustituciones de penas privativas de libertad por la expulsión. Las combinaciones prácticas con las que me estoy encontrando son múltiples.

El caso es que me he encontrado con una paradoja que no deja ser totalmente injusta, una compañera me hace la siguiente consulta, dos extranjeros rumanos sin antecedentes penales, son condenados en juicio rápido a la pena de 6 meses de prisión la cual es sustituida en la propia sentencia por la expulsión, pero a su vez el juez acuerda su ingreso en prisión hasta su efectiva expulsión. Pregunta: Cuanto tiempo pueden estar en prisión hasta que los expulsen? Mi preocupación, en concepto de qué están privados de libertad? Cumplimiento de condena? y si es así luego pueden expulsarlos y hasta cuándo pueden estar privados de libertad unas personas que sólo están condenados a 6 meses y carecen de antecedentes penales? En el propio fallo de la sentencia el juez ordena su ingreso en prisión hasta su efectiva expulsión (os adjunto la sentencia). Entiendo que se ha de solicitar la ejecución inmediata de la expulsión y por tanto su puesta en libertad, y caso de imposibilidad de expulsarlos la suspensión pero como el juez en sentencia ha acordado su ingreso en prisión y la sentencia ya es firme, esta compañera está un poco perdida y yo cada vez más recelosa de si en la práctica los jueces están vulnerando derechos fundamentales.

Es así como se está procediendo en la práctica? Si hay alguien que le ha ocurrido lo mismo que me explique qué se puede hacer, estoy confundíaaaaa.

Un saludo,

Sonia Martínez