



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS
JURÍDICO-PENALES QUE DETERMINAN
LA SUSTITUCIÓN PARCIAL O TOTAL DE
LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR
LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS**

Autor: José Carlos González Castro

5º E3 B

Derecho Penal

Tutor: Susana Cuadrón Ambite

Madrid

Diciembre 2020

Resumen:

El presente trabajo consiste en el análisis del marco normativo que envuelve a la figura de la expulsión como medida sustitutiva de una pena privativa de libertad. En primer lugar, se ha contextualizado el origen de la expulsión en el derecho administrativo y penal, así como las diferentes reformas que ha ido recibiendo el Código Penal en este sentido. Se ha analizado la naturaleza jurídica y el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo del artículo 89 del Código Penal. Se ha realizado una comparación de las diferencias existentes entre la aplicación de la medida a extranjeros con nacionalidad en un país de la Unión Europea y nacionales de terceros Estados de fuera de la UE. Se ha detallado el margen de discrecionalidad o automatismo con el que los jueces han de ponderar tal decisión. Finalmente se ha analizado el grado de compatibilidad existente entre la medida y los fines de las penas.

Abstract:

The present work consists of the analysis of the normative framework that involves the figure of expulsion as a substitute measure of a custodial sentence. Firstly, the origin of the expulsion in administrative and criminal law has been contextualized, as well as the different reforms that the Penal Code has been receiving in this regard. The legal nature and the objective and subjective scope of application of article 90 of the Criminal Code have been analyzed. The differences between the application of the measure to foreigners with nationality in a country of the European Union and third-country nationals have been compared. The margin of discretion or automatism with which the judges have to weigh such a decision has been detailed. Finally, the degree of compatibility between the measure and the purposes of penalties has been analyzed.

ÍNDICE

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	1
1. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS DEL TERRITORIO NACIONAL.....	1
2. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA	3
3. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA	4
CAPÍTULO II. ANTECEDENTES.....	6
1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA	6
2. REFORMA VIGENTE: LO 1/2015, DE 30 DE MARZO.....	10
CAPÍTULO III. CONTENIDO.....	16
1. NATURALEZA JURÍDICA	16
2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN	19
2.1. <i>Diferencias entre ciudadanos europeos y extranjeros de terceros países.....</i>	<i>22</i>
3. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN.....	27
3.1. <i>Penas de prisión inferiores al año</i>	<i>28</i>
3.2. <i>Sustitución total de penas de un año y un día hasta cinco años de prisión</i>	<i>29</i>
3.3. <i>Sustitución parcial de la pena.....</i>	<i>30</i>
3.4. <i>Excepciones a la imperatividad</i>	<i>32</i>
3.5. <i>Tiempo y forma de la resolución judicial.....</i>	<i>38</i>
3.6. <i>Plazo de duración de la prohibición de regreso al territorio español.....</i>	<i>39</i>
3.7. <i>Reversibilidad de la decisión de expulsión</i>	<i>40</i>
3.8. <i>Aseguramiento cautelar de la ejecución.....</i>	<i>40</i>
3.9. <i>Imposibilidad de ejecución</i>	<i>41</i>
3.10. <i>Quebrantamiento de la prohibición de regreso.....</i>	<i>42</i>
CAPÍTULO III. COMPATIBILIDAD CON LOS FINES DE LA PENA.....	44
1. FINALIDAD RETRIBUTIVA	44
2. FINALIDAD PREVENTIVA	45
CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES	48
CAPÍTULO V. BIBLIOGRAFÍA	50
1. LEGISLACIÓN.....	50
2. JURISPRUDENCIA	51
3. OBRAS DOCTRINALES	54

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art. / Arts.	Artículo / Artículos
AP	Audiencia Provincial
AAP	Auto Audiencia Provincial
ATC	Auto Tribunal Constitucional
ATS	Auto Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial
CIE	Centro de internamiento de extranjeros
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
FGE	Fiscalía General del Estado
LO 7/1985	Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España
LO 4/2000	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LO 8/2000	Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero
LO 11/2003	Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.
LO 14/2003	Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero
LO 2/2009	Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero
LO 5/2010	Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
LO 1/2015	Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STS	Sentencia Tribunal Supremo

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS DEL TERRITORIO NACIONAL

Desde finales del siglo XX, los flujos migratorios en España han sufrido una transformación pasando de ser un país emergente a un Estado receptor de extranjeros de numerosas partes del mundo¹. Este fenómeno expansivo planteaba la necesidad de considerar el deber de diligencia de los poderes públicos en su tratamiento y ordenación, en atención a los potenciales peligros que podrían derivarse de tal situación – como los actos de racismo, xenofobia, marginalidad o delincuencia, entre otros – y dirigiendo la actuación hacia la racionalización, la integración y el disfrute de los derechos en igualdad y beneficio recíproco².

Como consecuencia, los distintos ordenamientos jurídicos han tendido a tratar las actividades delictivas ocasionadas por extranjeros desde un punto de vista “defensista”, de tal manera que no se permita la permanencia en el territorio nacional de aquellas personas que, sin ser originarios del país o sin contar con la residencia habitual en el mismo, cometan delitos en dicho territorio. La herramienta empleada para combatir tal situación es la expulsión³, que podrá tener lugar bien por la vía administrativa, o bien por la vía judicial⁴.

El Ordenamiento jurídico español incorpora la expulsión del territorio nacional del extranjero como infractor penal bajo tres fórmulas⁵:

¹ Muñoz Ruiz, J. *La expulsión penal: nuevas tendencias legislativas*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2014, nº 16-05, p. 05:4

² Introducción de la Circular nº. 2/2006, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.

³ Brandariz García, J.A. y Fernández Bessa, C. *La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal español*. Criminalización racista de los migrantes en Europa, Comares, Granada, 2010, p. 272 y ss. Se encuentra el fundamento en la configuración del extranjero como un enemigo, del que hay que defenderse a través de la expulsión del territorio nacional.

⁴ Rodríguez Yagüe, C., *El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes*, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2012, nº 14-07, p. 07:4. Nos encontramos ante una política de actuación única ante la delincuencia de extranjeros, bien se materialice a través de la LOEX, bien a través del CP, que no es otra que garantizar su no presencia en el territorio español

⁵ Recio Juárez, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, p. 22

1. La expulsión administrativa, recogida en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEX):

“Constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”.

2. La expulsión judicial del extranjero condenado penalmente, recogida en los artículos 89, 96 y 108 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP). El artículo 89 CP regula la sustitución íntegra de las penas de prisión superiores al año y la sustitución parcial de penas de prisión superiores a los cinco años. El artículo 96.3 recoge para el extranjero condenado que carece de residencia legal la medida de seguridad consistente en la expulsión del territorio español. Finalmente, el artículo 108 prevé la sustitución de las medidas de seguridad que le sean aplicables al penado extranjero sin residencia legal en España por la expulsión del territorio nacional.
3. La autorización judicial de expulsión administrativa para lograr una coordinación adecuada, cuando se produce la tramitación simultánea de expediente administrativo de expulsión y el extranjero esté incurso en causa penal pendiente de enjuiciamiento, regulada en el artículo 57.7 LOEX. En este tipo de supuestos, el juez o tribunal es autorizado por la ley para suspender el ejercicio de la potestad jurisdiccional en su faceta de juzgar el hecho incriminado, renunciar al proceso y admitir como una solución alternativa a su conclusión, la sustitución del mismo por una medida administrativa de expulsión⁶.

La autorización judicial recogida en la LOEX presenta una naturaleza distinta a la recogida en el artículo 89 CP. En el primer caso la institución encargada de decidir la expulsión es la autoridad administrativa y la actuación judicial se limita a comprobar que

⁶ Muñoz Gayán, M.E., *La expulsión de los extranjeros como medida sustitutiva a la pena de prisión en la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Castellón, 2015.

delito cometido por el extranjero sujeto a expulsión no excede el máximo previsto por el legislador para renunciar al *ius puniendi* y que no existan circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación. En el segundo caso, es el juez o tribunal quien acuerda la expulsión⁷.

Esta obra centrará su estudio en la figura de la expulsión judicial, concretamente en la redacción actual del artículo 89 CP, prestando especial atención a las modificaciones establecidas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP (en adelante, LO 1/2015) y, a los problemas que genera la configuración penal y administrativa de la medida en relación con la incompatibilidad existente entre los fines de las penas y la expulsión de extranjeros condenados.

2. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Como bien adelanta el título, este Trabajo de Fin de Grado consistirá en el análisis de las circunstancias jurídico-penales que determinan la sustitución de la pena por la expulsión de los extranjeros en el marco del artículo 89 del Código Penal. Se selecciona la rama del Derecho Penal por el interés que han despertado en el autor las distintas facetas de este bloque jurídico. En este sentido, los conocimientos penales adquiridos a lo largo de la carrera han permitido que otorgue un punto de vista diferente al resto de ramas jurídicas. Encuentra en este bloque una visión con contenido más personal que material, como se puede reflejar en las consecuencias de las acciones derivadas de un ilícito penal frente a un ilícito civil, ya que este último se extingue con la restitución del daño sufrido. A su parecer, el Derecho Penal va más allá y busca otro tipo de objetivos además de la restitución, como puede ser la satisfacción o compensación moral de la víctima, la prevención de potenciales delitos o la reinserción de delincuentes en la sociedad.

Con base en lo anterior, entre los diferentes temas planteados para la elaboración del trabajo, se escogió este por numerosos motivos. En primer lugar, porque supone un nuevo reto, puesto que recoge figuras estudiadas - como la sustitución de la pena – a las

⁷ Circular de la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) 3/2001, de 21 de diciembre, relativa a la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería

que no se les dio especial importancia en defecto de otras – como la determinación de la pena y el análisis de delitos “comunes” -. También porque combina una situación ciertamente controvertida – como es el trato diferenciador a los extranjeros frente a los nacionales – con un tema de actualidad dado que tan solo han transcurrido cinco años desde la reforma de este artículo. Por último, porque le genera interés la cantidad de preguntas que suscita este artículo desde que planteó su estudio: ¿por qué otorgar un trato diferencial en términos de consecuencias penales en base a la nacionalidad del autor del delito? ¿es igual el tratamiento a ciudadanos a europeos que a nacionales de terceros Estados que adolezcan de nacionalidad española? ¿se considera la expulsión un mecanismo favorecedor o perjudicador de la situación del condenado? ¿en qué lugar deja esta medida a la finalidad del Derecho Penal dedicada a la reinserción en la sociedad? ¿en qué se basa un juez para determinar esta medida, es decir, cuál es su margen de discrecionalidad o automatismo? ¿qué se entiende por arraigo social?, ¿se aplica para cualquier pena de prisión, independientemente de la naturaleza del delito cometido?, etc.

No obstante, las incógnitas más significativas derivadas de este estudio son conocer qué se pretende conseguir con la instauración de esta medida y concluir si efectivamente se han conseguido tales objetivos.

El objeto de este Trabajo de Fin de Grado es precisamente dar respuesta a todas estas preguntas y llegar a la conclusión acerca de los motivos que llevaron a introducir esta medida y el grado de efectividad desde su implantación.

3. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

De cara a dar respuesta a todas las preguntas planteadas se ha dividido el trabajo en varios bloques de contenido diverso dirigidos a encontrar una conclusión a la hipótesis principal del estudio:

“¿Se justifican las modificaciones efectuadas por la LO 1/2015 en el artículo 89 en relación con su Exposición de Motivos o, por el contrario, no contribuyen a mejorar la situación jurídica a nivel institucional y a nivel personal?”

En primer lugar, se estima necesario realizar una introducción de la expulsión en el ordenamiento jurídico español. Se centrará la temática en el artículo 89 del Código Penal, se presentarán las medidas comprendidas en el tipo penal y se contextualizarán las sucesivas reformas llevadas a cabo en el artículo y los motivos que justificaban dichas modificaciones.

Se analizará la naturaleza jurídica de la medida y su ámbito de aplicación tanto subjetivo como objetivo. También se analizará su concordancia con la doctrina y jurisprudencia en tal materia. Además, se incluirá una revisión de las exigencias jurisprudenciales del TEDH y los tratados ratificados por España relativos a las condiciones y consecuencias de los condenados extranjeros de la expulsión efectiva.

Se tratará de esclarecer el margen de actuación del juez en el proceso penal y las posibilidades que se le presentan en casos que incluyan condenados extranjeros donde se contemple la sustitución de la pena de prisión por la expulsión, es decir, el grado de discrecionalidad o automatismo y las causas de sus potenciales decisiones, así como el modo de proceder.

Se pretenderá identificar las principales diferencias existentes entre los ciudadanos de la Unión Europea y los extranjeros de terceros Estados y las dudas constitucionales que pueda plantear tal distinción.

Por último, se estudiará la compatibilidad de las finalidades de la medida sustitutiva de la pena contemplada en el art. 89 CP frente a la consecución de los fines principales del Derecho: la retribución, la prevención – tanto general como especial – y la reinserción. .

Las principales herramientas que se utilizarán con el objetivo de facilitar la información necesaria para dar solución a esta investigación son: la normativa española – publicada en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) -, la jurisprudencia española y europea – recogida en la plataforma de documentación judicial CENDOJ -, las obras doctrinales - mediante el acceso a fuentes bibliotecarias e internet.

CAPÍTULO II. ANTECEDENTES

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Como consecuencia de la entrada de España en la Comunidad Europea en el año 1986⁸, entre otras razones – como la exigencia constitucional y la desactualización normativa en materia de extranjería⁹ -, se introdujo una normativa que permitiese conceder un tratamiento organizado y completo a la situación de los extranjeros y evitar que España se constituyese como la puerta de entrada al continente europeo. Dicha normativa se materializó mediante la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. La expulsión, hasta entonces, se configuraba como un mecanismo casi exclusivo para adoptar determinadas sanciones referentes a las entradas o estancias irregulares. Por ello, se incorporó en el ordenamiento jurídico español, por vez primera, una regulación que detallase el mecanismo de la expulsión de los extranjeros. El artículo 21.2 de la mencionada LO 7/1985, disponía:

“Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos del art. 26.1.

Si el extranjero fuera condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el juez o tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fue impuesta”.

⁸ Fue el 12 de junio de 1985 cuando se produjo la firma de España y Portugal del Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas con un doble acto en Lisboa y Madrid. A partir del 1 de enero de 1986 España comenzó a formar parte de la Unión Europea.

⁹ En la exposición de motivos de la LO 7/1985 se manifiesta tal carencia desde el Real Decreto de 17 de noviembre de 1985

Aunque esta normativa fue objeto de recurso de inconstitucionalidad y demostró deficiencias en la consecución de los objetivos, así como en la adaptación a la realidad práctica, asentó las bases de las leyes venideras. Se conseguía, por un lado, la regulación de la potencial expulsión del extranjero inmerso en un procedimiento penal a causa de un delito menos grave y la posible sustitución de la pena impuesta por la expulsión del territorio nacional.

La LO 7/1985 fue derogada y la sustitución de la pena por expulsión del extranjero se reguló en el artículo 89 del CP. Se establecía la posibilidad de sustituir las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente en España por su expulsión del territorio nacional¹⁰. Además, a instancia del Ministerio Fiscal, se podría acordar la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años en tanto que hubiese cumplido las tres cuartas partes de la condena. Finalmente, concluía negando la opción de regreso a territorio español en un plazo de tres a diez años que contarían desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta y, en caso de incumplimiento de tal negativa, cumpliría las penas que hubiesen sido sustituidas. En el ámbito procesal se establecía la obligación de oír al penado previamente.

Desde la incorporación al CP, el artículo 89 ha recibido un total de cuatro reformas que han ido introduciendo modificaciones en diferentes aspectos de la medida:

La primera de ellas viene de la mano de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LOEx. A través de su disposición segunda se añadía un cuarto apartado al artículo 89 del CP que excluía la posible sustitución de las penas de prisión a los extranjeros condenados por la comisión de los delitos que recogen los artículos 312, 318 bis, 515.6ª, 517 y 518 del CP. Es decir, se buscaba evitar el potencial beneficio que supondría la expulsión para los condenados por este tipo de delitos - relacionados con la promoción de la inmigración ilegal -.

¹⁰ Mapelli Caffarena, B y Terradillos Basoco, J. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª Ed. Civitas, Madrid, 1996. Se trata de una medida criticada por la doctrina por atender “*más a los movimientos nacionalistas que recorren la Europa de nuestros días que a las necesidades preventivo especiales del condenado*”.

La segunda reforma tiene lugar con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

Las principales modificaciones del primer apartado fueron: a) la supresión del carácter potestativo de la sustitución – articulándose como obligatoria salvo que de forma excepcional y motivada se apreciase que la naturaleza del delito justificase el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español -, b) la eliminación de la fase de audiencia previa del penado¹¹, c) la inclusión de los condenados que accediesen al tercer grado penitenciario – además de los que hubieran cumplido las tres cuartas partes de la condena -, d) la exclusión de la aplicación de los artículos 80, 87 y 88 del CP – favoreciendo la expulsión frente a la suspensión condicional de la ejecución y la sustitución por penas menos gravosas -, e) la incorporación, como consecuencia de la expulsión, del archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España y, f) el modo de proceder ante el supuesto en el que se acordase la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión y no pudiera llevarse a efecto – que se resolvería mediante el cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente. En el segundo apartado se introdujo un plazo único para el regreso a España cifrado en diez años, en tanto en cuanto no hubiese prescrito la pena. Por último, se estableció en el tercer apartado que, ante un intento de quebrantar la decisión judicial de expulsión y la prohibición de entrada por parte del extranjero condenado, sería devuelto por la autoridad gubernativa, provocando que el cómputo del plazo de prohibición se iniciase en su integridad.

El Gobierno empleó la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo nº. 901/2004, de 8 de julio, para llevar a cabo la tercera reforma. En ella se establecía la necesidad de incluir en la excepción de la expulsión el estudio de las circunstancias específicas que envolvían al penado, el arraigo y su situación familiar de cara conseguir una ponderación oportuna y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores. Para ello resultaba imprescindible que se realizase el trámite de audiencia al penado y

¹¹ La medida fue especialmente criticada por el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ). Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Invocaba la doctrina jurisprudencial del artículo 89 que señalaba la necesidad de tener en consideración los derechos fundamentales de los extranjeros como el arraigo, la integridad familiar y la protección de la vida a la hora de interpretar la naturaleza del delito como motivo cerrado de exclusión, conforme a la doctrina del TC, el TS y el TEDH

acompañar a la decisión final de una motivación adecuada. Adicionalmente se recordaba el carácter individual de cada juicio, de modo que si tal aspecto incidía especialmente en la individualización judicial de la pena sería lógico pensar que se debería aplicar también a las medidas sustitutivas de la pena de prisión. Concluyendo en otras palabras, una expulsión automática, no motivada, *inaudita parte* y sin discernimiento de proporcionalidad y ponderación podría desembocar en perjuicios de los derechos fundamentales del condenado¹².

Como resultado, la tercera reforma se produjo con la entrada en vigor de la LO 5/1010, de 22 de junio. Dos de los principales objetivos de la reforma, aunque no se mencionase nada al respecto en la Exposición de Motivos, se dirigían hacia la adecuación de una regulación legal de la expulsión del territorio español a las exigencias que derivaban de su integración en el conjunto del ordenamiento jurídico, así como a responder a la cuestión que incitaba el coste criminógeno que albergaba una priorización de la expulsión de aquellos extranjeros catalogados como no “deseados” frente al tratamiento de la delincuencia sobre la base de la filosofía de los instrumentos que les son propios al Derecho Penal¹³.

Fueron numerosas las modificaciones que se realizaron en esta versión. En primer lugar, se radica el automatismo de la norma para otorgarle un carácter de preferencia. Se recupera el trámite de audiencia previa al extranjero no residente legalmente penado y se añade la posibilidad de acordar de la expulsión mediante auto motivado posterior con la previa audiencia del penado, el Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas. En el segundo apartado se sustituye la imposibilidad de regreso a España en un plazo único de diez años por un nuevo intervalo de entre cinco y diez años, que se contarían desde la fecha de su expulsión y una vez atendidas tanto la duración de la pena sustituida como las circunstancias personales del penado – lo cual se traduce en un otorgamiento de cierta discrecionalidad al juez para modular el período del mandato prohibitivo de regreso al territorio español -. Se introduce como novedad ante el incumplimiento del plazo de prohibición de regreso a España – además del cumplimiento de las penas que le fueron sustituidas, establecido en la anterior reforma – el hecho de que en caso de ser sorprendido

¹² STS 901/2004, de 8 de julio, FD Segundo

¹³ González Tascón, M. M. (2016). “La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión”, p. 145

en la frontera sería expulsado directamente por la autoridad gubernativa, dando comienzo de nuevo al cómputo del plazo de prohibición de entrada en el país en su integridad. Se amplía el pronunciamiento sobre la medida de expulsión al momento de la ejecución en el quinto apartado¹⁴. Se introduce como novedad que, acordada la expulsión a tenor del presente artículo, en caso de que el extranjero no se encontrase o quedase efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrían acordar, con el objeto de garantizar la expulsión, su ingreso en un Centro de Internamiento de Extranjeros (en adelante, CIE) en las condiciones y condiciones y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa¹⁵. Se suprime la prohibición expresa de la aplicación de los establecido en los artículos 80, 87 y 88 del CP a favor de la expulsión y se flexibiliza permitiendo la aplicación de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88. Por último, en relación con los artículos de inaplicación de las disposiciones anteriores, se modifica el régimen eliminando los artículos 515.6º, 517 y 518 y añadiendo el artículo 313 – sobre de la determinación o favorecimiento de la emigración a personas de otro país mediante la simulación de contratos o colocaciones, o empleando otra fórmula de engaño similar -.

2. REFORMA VIGENTE: LO 1/2015, DE 30 DE MARZO

De acuerdo con la Circular 7/2015 de la FGE, las modificaciones que motivan la redacción del artículo 89 de la última versión del CP están directamente condicionadas por el aumento significativo de la población extranjera que se encuentra recluida en los CIE españoles.

1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no 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,

¹⁴ Criterio mantenido en líneas jurisprudenciales anterior por el TS (STS nº. 274/2006, de 29 de mayo) y por la FGE (Circular 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de extranjeros en España).

¹⁵ Plazo máximo de 60 días según el artículo 62.2 de la LOEX

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.

2. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

3. 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.

4. No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.

La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.

Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando, además:

a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo.

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

6. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

7. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento.

No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

8. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.

9. No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis.

Se establece como regla general la expulsión como medida sustitutiva de la pena de prisión. Ahora bien, queda limitada por la conciliación con los fines de la pena, excepcionada por la garantía de defensa del orden jurídico y el restablecimiento de la confianza en la norma infringida. Se modifica sustancialmente tanto la duración de la norma como su destinatario haciendo referencia a cualquier ciudadano extranjero al que se le ha impuesto la pena de prisión superior al año¹⁶ – frente a la redacción anterior que hablaba de penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a extranjeros no residentes legalmente en España -. De este modo se excluye el carácter delimitador de la situación administrativa del extranjero. Tal y como se señalaba anteriormente, el aumento de la población extranjera reclusa provoca la obligación de sustituir el resto de la pena cuando se acceda al tercer grado o se conceda la libertad condicional. La pena privativa de libertad queda limitada a la pena de prisión.

Con el segundo apartado se incorpora un nuevo tramo de duración de penas situando el límite inferior en los cinco años. Se mantiene la defensa del fin preventivo general. Se establece una diferencia entre el primer y el segundo apartado. En el primer caso, la sustitución de la pena por la expulsión se acordará en todo caso independientemente de su cumplimiento en España, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4. En cambio, en el segundo apartado se articula como otra excepción a la regla general, según la cual aquel sujeto al que se le ordene la ejecución íntegra y no acceda al tercer grado o a la libertad condicional, cumplirá la pena en su totalidad, por lo que no procedería la expulsión.

En la medida de lo posible, se deberá adoptar la decisión de la expulsión en la propia sentencia *“sin que la celeridad en la decisión cercene el necesario debate entre las partes sobre la pertinencia y legalidad de la medida”*¹⁷. Se mantiene con respecto a la versión anterior la prohibición de regreso de entre cinco y diez años, así como el archivo de procedimientos administrativos para obtener los permisos de trabajo o residencia en territorio español. Con la supresión del artículo 88 del CP, se elimina consecuentemente

¹⁶ Como consecuencia directa, frente a penas de prisión inferiores al año procederá su ejecución penitenciaria o la correspondiente suspensión condicional en caso de concurrir los requisitos del artículo 80 y siguientes del CP.

¹⁷ Séptima clave de la reforma LO 1/2015 (Circular 7/2015 FGE).

esta opción en el apartado octavo en aquellos casos que no se pudiera ejecutar la expulsión. Por último, se añade el delito contenido en el artículo 177 bis – trata de seres humanos – entre las penas excluidas de la expulsión.

Tabla 1. Reformas normativas de la expulsión penal de extranjeros en España¹⁸.

	ART. 21.2 LE	CP 1995	LO 8/2000	LO 11/2003	LO 5/2010	LO 1/2015
PRESUPUESTO SUBJETIVO	Extranjeros	Extranjeros en situación de irregularidad	Extranjeros en situación de irregularidad	Extranjeros en situación de irregularidad	Extranjeros en situación de irregularidad	Extranjeros
PRESUPUESTO OBJETIVO	Sustitución de delitos menos graves (penas < 6 años)	2 modalidades: 1. Penas < 6 años 2. Penas > 6 años	2 modalidades: 1. Penas < 6 años 2. Penas > 6 años	2 modalidades: 1. Penas < 6 años 2. Penas > 6 años	2 modalidades: 1. Penas < 6 años 2. Todas las penas	Pena de prisión > 1 año
MODALIDADES DE SUSTITUCIÓN	Expulsión completa	2 modalidades: 1. Sustitución completa 2. Sustitución ¾ partes	2 modalidades: 1. Sustitución completa 2. Sustitución ¾ partes	2 modalidades: 1. Sustitución completa 2. Sustitución ¾ partes o 3º grado penitenciario	2 modalidades: 1. Sustitución completa 2. Sustitución ¾ partes o 3º grado penitenciario	2 modalidades: 1. De 1-5 años: Expulsión o prisión y expulsión 2. > 5 años: Expulsión a las ¾ partes o 3º grado penitenciario
PREVIA AUDIENCIA DEL PENADO	Sí	Sí	Sí	No	Sí	No
PLAZO DE NO REGRESO	3-10 años	3-10 años	3-10 años	10 años	5-10 años	5-10 años
INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO DE NO REGRESO	Cumplimiento de la pena	1. En España: cumplimiento pena 2. En frontera: expulsión gubernativa	1. En España: cumplimiento pena 2. En frontera: expulsión gubernativa	1. En España: cumplimiento pena 2. En frontera: expulsión gubernativa	1. En España: cumplimiento pena 2. En frontera: expulsión gubernativa	1. En España: cumplimiento pena total o parcial 2. En frontera: expulsión gubernativa
EXCEPCIÓN EN SU APLICACIÓN	No	No	No	Naturaleza del delito	Razones que justifiquen cumplimiento en centro penitenciario	Circunstancias del hecho y personales (arraigo en España). Proporcionalidad
PROHIBICIÓN EN SU APLICACIÓN	No	No	312, 318 bis, 515.6.o, 517 y 518 bis CP	312, 318 bis, 515.6.o, 517 y 518 bis CP	312, 313 y 318 bis CP	177 bis, 312, 313 y 318 bis CP
POSIBILIDADES CUANDO NO ES APLICABLE	-	-	-	No aplicación arts. 80, 87 y 88 CP	Aplicación arts. 80 y 88 CP	Aplicación art. 80 CP
LUGAR DE INGRESO	-	-	-	-	Ingreso CIE	Ingreso CIE
RESPONSABILIDAD CIVIL	Satisfacción	No	No	No	No	No

¹⁸ Fuente: Elaboración propia con datos recogidos por Martín Escribano, P.A., *La expulsión de extranjeros del artículo 89 del Código Penal: Análisis jurídico penal y criminológico*, p. 24

CAPÍTULO III. CONTENIDO

1. NATURALEZA JURÍDICA

Como consecuencia de la reforma operada por la LO 1/2015 la expulsión del extranjero condenado se articula como la única fórmula sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad. No obstante, sigue existiendo una gran controversia acerca de la naturaleza jurídica de la expulsión penal.

No se trata de una pena dado que no se encuentra recogida en la lista taxativa del artículo 33 CP ni cumple los fines que le son propios – ni la prevención general ni la especial¹⁹. Sin embargo, hay autores que defienden su trato como modalidad de la pena al privar del derecho a residir y transitar determinados espacios²⁰.

Otros creen que se trata de una pena excepcional, dado que, si bien no aparece recogida en el artículo 33 CP, actúa como sanción que sustituye a una pena – teniendo en cuenta la mayor gravedad que puede suponer la expulsión en relación con la pena prevista – y por tanto, debe ser considerada como una pena²¹.

El TC sostuvo que, a pesar de no tratarse de una pena, podría llegar a serlo si no fuese aceptada por el afectado al restringir los derechos de los extranjeros que se hallan residiendo de forma legítima en España²². En este sentido, la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio recogida en el artículo 89 CP provoca la salida y prohibición de entrada en todo el territorio Schengen²³, de modo que de algún modo restringe el derecho fundamental a la libertad de circulación y fijación de residencia establecido en el artículo 19 CE, aunque sea de manera temporal. Tal opinión ha sido puesta en duda recientemente por la Audiencia Provincial de Barcelona al defender que

¹⁹ ATC 106/1997, de 17 de abril de 1997, FJ 2. Hay que señalar, además, que más allá del aspecto formal de no figurar recogida en un listado, se entiende que el Derecho penal español no entiende la expulsión como consecuencia jurídica del delito.

²⁰ Izquierdo Escudero, R., *Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el art. 89 del Código Penal. Comentario al Auto del TC 106/1997, de 17 de abril*, La Ley, 1997, pp. 1862 y ss.

²¹ Boza Martínez, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Edición Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 263.

²² STC 242/1994, de 20 de julio de 1994, FJ 4

²³ Directiva 2001/40/CE, del Parlamento y del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

el carácter sustitutivo de la medida no puede llegar a convertirse en un argumento para negar la ratio punitiva, puesto que implica una privación de derechos de especial relevancia constitucional. Por ello, a su parecer, debería ser tenida como una pena o como una figura equivalente a la misma. Además, añaden que la prohibición de regreso al territorio nacional se identifica con la pena grave de prohibición de residencia en determinados lugares, que sí está prevista en el artículo 33 CP²⁴.

Parte de la doctrina entiende que la medida no puede tratarse de una pena puesto que su fundamento se inclina hacia de políticas migratorias – como el control de la inmigración ilegal o la reducción del volumen de extranjeros de los centros penitenciarios de España - en detrimento de los fines de la pena²⁵²⁶²⁷. Como apunta Olano Giménez, “*si nadie niega la condición de pena de la prohibición de residir en un determinado lugar, por qué sí se niega la de la expulsión, que puede ser mucho más gravosa para quien la sufre que la primera*”. Según la autora, esta excepción responde a la sumisión de la política criminal frente a los objetivos de política de extranjería²⁸.

En lo relativo a su consideración como medida de seguridad se produce una mayor división de opiniones. Por un lado, el Tribunal Supremo aclaró que no había lugar a dudas al tratarse de una medida de seguridad no privativa de libertad como lo patentiza el artículo 96.3.2º CP²⁹, y así lo reiteró tras la actual reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo³⁰. Por el otro, parte de la doctrina señala la necesidad del requerimiento expreso establecido en el artículo 95 CP sobre un pronóstico futuro de peligrosidad criminal del condenado para considerar la expulsión como medida de seguridad, “*pues ni se prevé la verificación de tal peligrosidad delictiva en el inmigrante irregular condenado, ni se pretende ninguna clase de neutralización de una hipotética peligrosidad*

²⁴ SAP de Barcelona, Sec. 6ª, núm. 614/2016, de 14 de julio

²⁵ Gracia Martín, L., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. El sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito*, Edición Tirant lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2012, p. 144

²⁶ Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Thomson Civitas, 5ª edición, Pamplona, 2011, p. 148

²⁷ Recio Juárez, M., *La expulsión de extranjeros... cit.* p. 90

²⁸ Olano Giménez, M.C., *Formas sustitutivas de la ejecución de las condenas privativas de libertad*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017, p. 57

²⁹ STS 901/2004, de 8 de julio de 2004, FD Segundo

³⁰ STS 483/2016, de 3 de junio de 2016, FD Primero

*no constatada, ni es flexible o revisable su duración*³¹. Otros autores consideran que, dado que la LO 1/2015, de 30 de marzo, reformaba el artículo 89 pero mantenía la redacción del artículo 96, la única interpretación posible sería “*considerar que la expulsión de personas extranjeras no residentes legalmente sería una medida de seguridad y la de residentes legales tendría otra naturaleza distinta*³²”. No obstante, aunque existan diferencias en los efectos de la medida según el estado administrativo del sujeto, no tiene relevancia en la naturaleza jurídica de la medida, de modo que el debate seguiría sin resolverse³³. Por último, algunos autores concluyen afirmando que la calificación como medida de seguridad solo es factible en relación con el artículo 108 CP y no con la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional propia del artículo 89 CP³⁴.

Muñoz Gayán entiende que la realidad que encierra dicha medida de expulsión es la suspensión de la potestad jurisdiccional en su faceta de hacer ejecutar lo juzgado para preservar otros fines considerados igualmente valiosos por el Estado y que están relacionados con su política de extranjería. Por tanto, se suspende la condena para facilitar la aplicación de la legislación administrativa en materia de extranjería, forzando la salida de extranjeros del territorio español. En este orden, la medida no podrá ser catalogada como pena ni como medida de seguridad, y constituirá una mezcla de suspensión de la ejecución de la pena y de aplicación de medida de seguridad de expulsión del extranjero penado de España³⁵.

Finalmente, resulta interesante el aporte de Recio Juárez sobre la especialidad de la norma ya que “*aunque reúne notas que le son propias a las medidas de seguridad, a la suspensión ordinaria de las penas privativas de libertad e, incluso, de la expulsión administrativa de extranjeros, sin negar su efecto preventivo a nivel intimidativo e inocuizativo, no puede identificarse plenamente con ninguna de dichas instituciones, de*

³¹ Navarro Cardoso, F., *Expulsión penal de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal “Simbólico” y Derecho penal del “Enemigo”*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, nº 17, 2006, p. 170

³² Boza Martínez, D., *La expulsión de personas extranjeras... cit.* p. 270

³³ Olano Giménez, M.C., *Formas sustitutivas de la ejecución... cit.* p. 56

³⁴ Brandariz García, J.A. *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*, Comares, Granada, 2011, p. 168

³⁵ Muñoz Gayán, M.E., *La expulsión de los extranjeros... cit.* p. 53

*manera que nos encontramos ante una figura autónoma de natura híbrida, configurada como una sustitución especial de la pena*³⁶.

A modo de conclusión, queda claro que existe controversia acerca de la naturaleza jurídica de la expulsión penal. La doctrina se divide entre autores que conciben la medida como una pena, una medida de seguridad no privativa de libertad o un sustituto penal, los que la definen como un híbrido entre medida de seguridad y suspensión condicional de la pena y los que la consideran como medida única y autónoma al no encajar entre las categorías establecidas en el ordenamiento penal³⁷.

Como se ha explicado anteriormente, no existe un criterio unánime que establezca la naturaleza jurídica de la medida recogida en el artículo 89 CP, de modo que no se concluye una respuesta adecuada para cerrar un debate que, actualmente, sigue abierto.

2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

Con la modificación del artículo 89 CP operada por la LO 1/2015 se altera por primera vez su ámbito subjetivo. Se amplía la aplicación de la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio español a cualquier extranjero, independientemente de su situación administrativa en España. De esta manera, el fundamento que alega la expulsión pasa a ser la condición de extranjero.

En primer lugar, es necesario delimitar el concepto de extranjero. A ojos de la normativa española, según el artículo 1 LOEX se considera extranjeros a aquellas personas que carezcan de la nacionalidad española³⁸. Desde un enfoque más jurídico, “*se considera extranjeros a las personas físicas o jurídicas que no son consideradas nacionales por el país en que están domiciliadas o en el que son transeúntes o – en el caso de las personas jurídicas – en cuyo territorio operan*”³⁹. Resulta conveniente hacer esta aclaración con el objetivo de entender los motivos que entrañan una solución

³⁶ Recio Juárez, M., *La expulsión de extranjeros... cit.* p. 95

³⁷ Martín Escribano, P.A., *La expulsión de extranjeros del artículo 89 del Código Penal: Análisis jurídico Penal y Criminológico*, Universitat de Girona, 2015, p. 238

³⁸ Sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte. Además, a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por tales normas y aplicándoseles la LOEX en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.

³⁹ Díez de Velasco, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 2013, p. 514

jurídica distinta o alternativa ante el caso de un delito cometido en idénticas circunstancias (salvo la nacionalidad del sujeto) del Estado donde se delinque. Se producen, por tanto, peculiaridades según la condición de extranjero: a saber, problemas procedimentales – como competencia jurisdiccional, idioma, domicilio y arraigo, prueba, etc. -, particularidades – como la posibilidad de expulsión del territorio nacional de delincuentes extranjeros – y clarificaciones de las garantías que debe tener cualquier imputado extranjero en el proceso penal español⁴⁰.

Tomando como referencia la consideración del artículo 1 LOEX, será extranjero toda persona que no tenga posesión de la nacionalidad española. Por ello, es importante conocer previamente cómo se adquiere dicha nacionalidad para conocer la delimitación negativa del ámbito subjetivo. En este sentido, tal y como recuerda la doctrina de la Fiscalía General del Estado en su Circular 7/2015⁴¹, *“son españoles, a estos efectos, los que tengan la nacionalidad española de origen (artículo 17.1 Código Civil, en adelante CC), los que la hayan obtenido por opción cuando la determinación de la filiación o el nacimiento en España se hayan producido después de los dieciocho años de edad (art. 17.2 CC), por consolidación (art. 18 CC), por adopción (art. 19 CC), por opción (art. 20 CC), por carta de naturaleza (art. 21 CC) y por concesión por residencia (art. 22 CC) siempre que no la hayan perdido (arts. 24 y 25 CC) o, que perdida, la hubieren recuperado (art. 26 CC). Son españoles los nacionales de origen de países iberoamericanos – incluido Puerto Rico -, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal y los sefardíes que, con domicilio habitual en España, disfruten de doble nacionalidad de conformidad con los arts. 22 y 23 CC”*.

Ahora bien, el cuarto apartado del nuevo artículo 89 CP indica que la mera consideración de extranjero no implica el mismo tratamiento para todos ellos. Esto se debe al régimen particular que se les confiere a los extranjeros titulares de la ciudadanía de la Unión Europea, que será detallado posteriormente.

⁴⁰ Recio Juárez, M. *Posición del extranjero como sujeto pasivo del proceso penal español*, Universidad de Vigo, Vigo, 2015.

⁴¹ Circular 7/2015, de 17 de noviembre, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por LO 1/2015

Por tanto, a tenor del artículo 89 CP podrán ser expulsados judicialmente los extranjeros con o sin autorización de residencia en España y los ciudadanos del resto de Estados miembros de la Unión Europea y de los familiares de estos. Tal decisión ha sido respaldada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) estableciendo como requisito que la expulsión se acuerde siempre que esté reconocida en una ley, sea necesaria y proporcional, valorando lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH)⁴²

Tal y como señala González Tascón, en la delimitación subjetiva de esta modalidad de expulsión no se ha tenido en cuenta los casos de personas extranjeras especialmente protegidas como consecuencia del peligro que representa para la protección de sus derechos humanos regresar al Estado del que son nacionales o donde residían habitualmente. Es el caso de los apátridas, los refugiados y los receptores de protección subsidiaria. No obstante, todos ellos recibirán protección frente a la expulsión con salvedades. Los apátridas serían expulsados por razones de seguridad nacional y de orden público y el resto atendería a razones de peligrosidad para la seguridad del Estado miembro en que se encuentran o para la comunidad de tal Estado si previamente hubieran sido condenados por sentencia firme por un delito de especial gravedad⁴³.

Finalmente, algunos autores consideran que la reforma operada por la LO 1/2015 provocará situaciones discriminatorias con el cumplimiento de la condena por los nacionales – libertad condicional, clasificación en el tercer grado penitenciario, etc. – dado que el extranjero condenado junto con un español por la comisión de un delito en idénticas circunstancias y a la misma pena privativa de libertad que excediese los cinco años cumpliría la condena en condiciones desfavorables al encontrar diferentes posibilidades de acceso al tercer grado o a la libertad condicional⁴⁴.

⁴² Según el art. 8 CEDH: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

⁴³ González Tascón, M. M. (2016). “La cuarta reforma del artículo 89 del CP...” cit. pp. 159 y 160

⁴⁴ Leganés Gómez, S., *La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015*, Diario La Ley, nº 8579, 2015.

2.1. Diferencias entre ciudadanos europeos y extranjeros de terceros países

Tal y como refleja la Exposición de Motivos de la última reforma del CP, la sustitución de las penas de prisión por la medida de expulsión de España se llevará a cabo, de manera excepcional, en el caso de que el delito sea cometido por un ciudadano europeo y suponga una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención al Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE⁴⁵.

Existen precedentes en el Anteproyecto de reforma del CP de julio de 2013 en los que trata de orientar la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea en un marco diferente al resto de extranjeros y se basaban principalmente en poner el foco en una valoración de la peligrosidad criminal que podría sustentar en el futuro el sujeto condenado, habida cuenta de sus circunstancias personales y sus antecedentes.

Con anterioridad a la reforma, la doctrina venía reclamando la armonización del Derecho de la Unión Europea con el ordenamiento jurídico español en lo relativo a la figura de la expulsión de ciudadanos comunitarios. En informe del Consejo de Estado se constataba la incompatibilidad de la expulsión con el artículo 4.3. del Tratado de la Unión Europea y por parte del Consejo Fiscal se hacía referencia a la omisión de los artículos 17 y 18 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, así como al régimen establecido en la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros⁴⁶. Es en esta directiva, en su Capítulo IV, donde se establecen las limitaciones del derecho de entrada y del derecho de residencia de los ciudadanos comunitarios. En su artículo 33 se determina que la expulsión del territorio ya sea como pena o medida accesoria a la pena privativa de libertad sólo podrá producirse en los casos previstos por los artículos 27, 28 y 29⁴⁷.

⁴⁵ Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, art. 12.

⁴⁶ Informe del Consejo de Estado, de 27 de junio de 2013, pp. 78 y ss.; Informe de la FGE, de 8 de enero de 2013, pp. 62-65

⁴⁷ El segundo párrafo dispone la obligación de comprobar que la amenaza constituida hacia el orden público o la seguridad pública que representa el autor en caso de que la ejecución se lleve a cabo en un momento posterior a los dos años de ser dictada, así como el necesario examen de los cambios que hubiere en las circunstancias.

El primero de ellos establece una serie de principios generales, según los cuales la limitación de circulación y residencia del ciudadano europeo – o de un miembro de su familia – se fijará por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas medidas se ajustarán al principio de proporcionalidad y se basarán únicamente en la conducta personal del interesado, negando como único motivo constitutivo de la expulsión los antecedentes penales. Dicha conducta ha de constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave, además de afectar a un interés fundamental de la sociedad, y no serán válidas las justificaciones sin relación directa con el caso concreto o vinculadas a meras razones de prevención general.

El segundo articula la protección frente a la expulsión y hace referencia a la importancia de la valoración de las siguientes circunstancias: la duración de residencia del interesado en el territorio del país de acogida, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural y el grado de importancia de los vínculos con su país de origen. Adicionalmente, no procederá la expulsión si ha adquirido un derecho de residencia permanente en dicho territorio salvo que concurran motivos graves de orden público o seguridad pública. Por último, tampoco procederá tal expulsión a menos que se base en motivos imperiosos de seguridad pública definidos por el Estado miembro cuando el sujeto haya residido en él en los diez años anteriores o si se trata un menor de edad⁴⁸⁴⁹.

Finalmente, el artículo 29 hace referencia a la justificación de la medida en caso de enfermedades con potencial epidémico e infecciosa o parasitarias contagiosas.

Por tanto, el perjuicio que puede desembocar la expulsión del ciudadano de la Unión y los miembros de su familia que se han integrado verdaderamente en el Estado miembro de acogida debe ser considerado en base a criterios de proporcionalidad. Como consecuencia, cuanto mayor sea el nivel de integración tanto mayor debería ser la protección contra la expulsión⁵⁰.

⁴⁸ No obstante, procederá la expulsión si es necesaria en interés del menor (Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989)

⁴⁹ STJUE, de 22 de mayo de 2012, P.I., C-348/09.

⁵⁰ Considerandos 23 y 24 de la Directiva 2004/38/CE.

La aprobación de la Directiva 2004/38/CE trajo consigo la incorporación al ordenamiento jurídico español de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 17 y 18 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea relativo a la ciudadanía de la Unión, así como los derechos y principios inherentes a la misma y al principio de no discriminación por razón de sexo, raza, color, origen étnico o social, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, edad u orientación sexual, tal y como se establece en el 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.

Se ofrece en el mismo una clasificación en base a la duración de la residencia en el Estado de acogida establecida en tres bloques: residencia continuada superior a diez años, entre cinco y diez años e inferior a cinco años. Para todos ellos se establece como requisito la comisión de una conducta constitutiva de amenaza, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Ahora bien, dicho requisito ofrecerá mayor protección a aquellos que cuenten con una estancia más prolongada en el tiempo. En el caso de residencia inferior a cinco años será necesario constatar razones de orden público o seguridad pública sin mayores especificaciones. Si el sujeto ha residido en un intervalo de tiempo entre cinco y diez años será necesario que se entiendan las razones de orden público o seguridad pública como graves. En el último caso, si la residencia supera los diez años, deberán dar motivos imperiosos de seguridad pública. Mediante esta sistematización se restringe la expulsión de forma considerable en base a la residencia dada la diferencia práctica y escalonada existente en la aplicación de motivos generales, graves e imperiosos. Ejemplo de ello es la eliminación del criterio de orden público en el último caso – se recuerda que la seguridad pública sólo comprende la seguridad interior y exterior de un Estado miembro, siendo un concepto más limitado que el orden público ya que este integra el orden penal interno⁵¹, si bien la ponderación del grado de afectación a seguridad pública u orden público corresponde al órgano jurisdiccional nacional -.

⁵¹ STJUE de 23 de noviembre de 2010, Tsakouridis, Asunto C-145/09

El Derecho de la Unión no impone a los Estados miembros una escala uniforme de valores para la apreciación de aquellos comportamientos que puedan considerarse contrarios a la seguridad pública y los motivos imperiosos de seguridad serán definidos por los Estados miembros⁵². No obstante, aunque dispongan de libertad para definir, atendiendo a sus necesidades nacionales, las exigencias de orden público y seguridad pública no podrán determinar de forma unilateral el alcance de las mismas sin atender al control de las instituciones de la Unión Europea, especialmente si se emplea como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre circulación de personas⁵³.

El TJUE ha acotado el concepto de motivos imperiosos de seguridad pública basándose en la comisión de dos clases de delito: la lucha contra la criminalidad asociada al tráfico de estupefacientes mediante banda organizada y las infracciones penales extremadamente graves que lesionan los intereses de cada individuo amparados por la ley entre los cuales se encuentran la autonomía sexual, la vida, la libertad o la integridad física, en aquellos casos que exista un riesgo considerable de reincidencia en infracciones de naturaleza semejante⁵⁴. De modo que, ante la concurrencia de alguno de estos casos, la expulsión al ciudadano comunitario con residencia superior a diez años en algún Estado miembro y siempre que se entiendan como infracciones especialmente graves, se encargará de la verificación el tribunal de ese país mediante un examen individualizado del asunto del que conoce.

La jurisprudencia española aplica el concepto de motivos imperiosos de orden público o de seguridad pública a aquellos delitos revestidos de extrema gravedad, ampliando así el marco de aplicación de la medida de expulsión con relación a la jurisprudencia institucional. Esta circunstancia no implica que la expulsión dirigida a los ciudadanos de terceros estados, constituidos bajo una menor gravedad, restrinja la expulsión de ciudadanos comunitarios a razonamientos graves o imperiosos, dado que no se puede garantizar que todos los motivos de orden público o seguridad pública invocados

⁵² STJUE de 18 de mayo de 1982, Adoui y Cornuaille, asuntos acumulados 115/81 y 116/81, Rec. p. 1665, apartado 8, y de 20 de noviembre de 2001, Jany y otros, C-268/99, Rec. p. I-8615, apartado 60, y la STS 1810/2019, de 3 de junio

⁵³ STJUE de 10 de julio de 2008, Jipa, C-33/07, Rec. p. I-5157, apartado 23 y de 17 de noviembre de 2011, Gaydarov, C-430/10, Rec. p. I-11637, apartado 32.

⁵⁴ STJUE 23 de noviembre de 2010, Tsakouridis, C-145/09 y de 22 de mayo de 2012, P.I., C-348/09.

sean en calidad de imperiosos o graves, como resultado exigido por la Directiva 2004/38. Se genera así un elevado grado de inseguridad jurídica que declara el precepto del artículo 89 incompatible con el Derecho de la Unión⁵⁵.

En la adopción de la medida de expulsión de un ciudadano europeo que alegue arraigo y residencia suficiente en España, sus derechos de residencia y trabajo no se articulan como una categoría absoluta impeditiva de expulsión, pues no prevalecerán frente a los límites y derechos constitucionalmente protegidos como la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito⁵⁶.

Para terminar esta sección, se enfrenta todo lo anteriormente expuesto a la redacción del apartado 4 del artículo 89 relativa a la expulsión de ciudadanos comunitarios. En este sentido:

La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.

Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando, además:

a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

⁵⁵ Vid. Consejo de Estado, Informe de 27 de junio de 2013

⁵⁶ STS 1810/2019, de 3 de junio, FD Primero

En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo.

Mediante este precepto penal se lleva a cabo una doble distinción: los ciudadanos que han residido en territorio español durante los diez años anteriores y el resto de ciudadanos.

Como principal novedad resalta la situación de aquellas personas que no han residido continuamente durante los diez años anteriores pero que gozan de la residencia permanente puesto que su conducta y los motivos que de orden público y seguridad pública que justificarían la expulsión se valorarán como graves. De este modo, la protección penal de estos sujetos es inferior a la europea.

En el caso de los residentes en los diez años previos, las diferencias entre ambas normativas se compensan dado que si bien es cierto que la directiva exige que el motivo se base motivos imperiosos de seguridad pública – lo cual se traduciría en mayores requisitos que la normativa estatal -, el artículo 89.4 CP recoge una serie de delitos que reducen su ámbito de aplicación de modo que se refuerza su protección.

Por último, destaca la omisión de la obligación de revisión de la resolución judicial que declara la expulsión que no ha sido ejecutada por el paso del tiempo.

3. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

En relación con el ámbito objetivo de aplicación, las modificaciones se centran en tres bloques: a saber, la sustitución de penas privativas de libertad se limita únicamente a las penas de prisión superiores al año, se aplica a todos los delitos que impliquen tales penas salvo a los recogidos en los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis CP y, por último, se establecen tres tramos según la duración de la pena de prisión.

En primer lugar, la principal novedad de la nueva redacción del artículo 89 CP es la sustitución denominativa del concepto “penas privativas de libertad” por “pena de prisión”. Por un lado, delimitando positivamente esta previsión, se entiende que las penas sustituidas serán aquellas penas de prisión que superen el año de duración. Por otro lado,

en la vertiente negativa, quedan excluidas, en relación con la anterior redacción del artículo 89 CP, tanto las penas de prisión inferiores al año y un día, como las penas de localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas.

A efectos prácticos, la principal implicación se da con los extranjeros en situación irregular condenados con penas privativas de libertad de duración inferior a un año y un día, puesto que pasar a estar excluidos del ámbito objetivo de aplicación.

En segundo lugar, el noveno apartado del artículo 89 CP impide expresamente la posibilidad de sustituir la pena de los delitos tipificados en los artículos 177 bis – trata de seres humanos -, 312 – contra los derechos de los trabajadores -, 313 – emigración fraudulenta – y 318 bis – contra los derechos de los ciudadanos extranjeros - por la expulsión judicial. Para este tipo de casos se prevé la expulsión administrativa (art. 57.8 LOEX), previo cumplimiento de la pena privativa de libertad. Esta excepción responde a cuestiones de política criminal, pues encuentra su fundamento en negar la posibilidad de beneficiar a los extranjeros, generalmente miembros de organizaciones criminales dedicadas al tráfico de personas, al evitar la impunidad y reincidencia delictiva en su país de origen⁵⁷.

Finalmente, la duración de la pena de prisión establecida en sentencia actúa como agente delimitador en ámbito objetivo de aplicación del artículo 89 CP al contemplar tres tramos: prisión inferior al año y un día – articulándose como frontera que excluye la expulsión -, prisión de entre un año y un día hasta cinco años y prisión superior a cinco años⁵⁸.

3.1. Penas de prisión inferiores al año

El primer apartado del artículo 89 dispone “*Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español*”. La exclusión de las penas de prisión de un año e inferiores configura una de las principales novedades de la reforma operada por la LO 1/2015, cuyo Preámbulo velaba por la “*combinación de la búsqueda de eficacia con un*

⁵⁷ Recio Juárez, M., *La expulsión de extranjeros...*, p. 148

escrupuloso respeto a los derechos individuales mediante el ajuste del límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería”.

Ahora bien, es necesario conocer qué sucede cuando la pena abstracta difiere de la pena efectiva, situándose por encima y por debajo del límite establecido en el año de duración, respectivamente⁵⁹. La FGE señala que no cabría la expulsión cuando se impusiera una pena inferior a aquel límite. Igualmente señala que, si ninguna de las penas de prisión impuestas en una misma causa a un ciudadano extranjero excediese el año de duración, no sería admisible la sustitución por la expulsión – incluso aunque la suma de todas las penas superase el límite exigido -. Ahora bien, si una o varias penas de prisión superan el límite y otra u otras no, no existirá impedimento en que se acuerde y ejecute la expulsión judicial en sustitución de todas ellas. Se procederá del mismo modo – procediendo la expulsión - si concurren una pena de prisión superior al año con otras penas de distinta naturaleza⁶⁰.

También será posible autorizar la expulsión, al amparado del artículo 57.7 LOEX, cuando concurren procedimientos penales en tramitación contra el mismo extranjero cuya pena de prisión ha sido sustituida. Habrá de llevarse a cabo por los juzgados que estén tramitando las causas no finalizadas por sentencia y siempre que concurren los requisitos necesarios.

Como conclusión, ante la imposibilidad de sustituir las penas de prisión de un año e inferiores por la expulsión, se procederá bien a su ejecución penitenciaria o bien a la suspensión condicional cuando se den los requisitos establecidos en los artículos 80 y siguientes del CP.

3.2. Sustitución total de penas de un año y un día hasta cinco años de prisión

⁵⁹ STS 893/2018, de 31 de mayo de 2018. En esta sentencia se aclara que habrá de atender a la pena en abstracto atribuida al delito tipificado por el CP y, por tanto, no a la condena concreta impuesta en cada caso.

⁶⁰ Circular 7/2015, de 17 de noviembre, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por LO 1/2015

Continuando con el criterio de la FGE en su Circular 7/2015, de 17 de noviembre, en estos casos la regla general completa será la sustitución de la pena por expulsión. Sin embargo, de forma excepcional, el juez o tribunal tendrá la posibilidad de acordar el cumplimiento de la pena de prisión cuando resulte necesario para garantizar la protección del orden jurídico y asegurar el restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, de manera que la pena será cumplida en la parte determinada por el órgano judicial y, una vez cumplida, se llevaría a cabo la expulsión del condenado del territorio nacional en sustitución del resto de la pena⁶¹.

En adición, también se hará efectiva la sustitución cuando aquel acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional, si ello adviene durante el cumplimiento de la parte de pena determinada por el juez o tribunal en su resolución.

Parte de la doctrina entiende que el límite máximo de la expulsión íntegra se ha configurado de esta manera tras la reforma para equipararla con el límite establecido en el artículo 33 CP de manera que se diferencie entre las penas graves y menos graves⁶².

3.3. Sustitución parcial de la pena

A tenor del artículo 89 CP, se produce una sustitución parcial de la pena cuando se ejecuta una parte de la pena y se sustituye el resto de la pena por la expulsión del territorio nacional. Esta circunstancia podrá operar para todas las penas de prisión superiores al año⁶³.

3.3.1. Entre más de un año y cinco años de prisión

El apartado primero del artículo 89 CP prevé que *“excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza*

⁶¹ Díaz y García Conlledo, M., *Protección y expulsión de extranjero en Derecho Penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, pp 47-137. En la mayoría de países próximos a España la expulsión del extranjero opera con posterioridad al cumplimiento de la pena.

⁶² Olano Giménez, M.C., *Formas sustitutivas de la ejecución... cit.* p. 77

⁶³ STSJ 61/2019 de Aragón, de 26 de septiembre. Se extrae de dicha sentencia la necesidad de ponderar la gravedad y entidad del delito, su forma de ejecución o los motivos del acusado y los objetivos que existían en torno a la conducta delictiva, así como la necesidad de evitar que la lenidad de la prisión frustre los fines preventivos generales y especiales de la pena.

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.

Aunque la regla general sea la sustitución completa, se prevé la sustitución parcial cuando la naturaleza y gravedad de los hechos suscite la efectiva necesidad de reafirmar el ordenamiento jurídico a través del cumplimiento en prisión. En este orden, se concede un alto grado de discrecionalidad al juez o tribunal que atienda la cuestión – aspecto que será valorado en Capítulo III -, aunque el cumplimiento de la pena España no podrá superar, en ningún caso, los dos tercios de la extensión de la pena.

3.3.2. Duración superior a cinco años

Cuando la duración de la pena impuesta exceda los cinco años, se aplicará lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 89 CP. En este caso, se permite la acumulación de penas inferiores a cinco años que en conjunto superen tal límite. Además, se podrá acordar la ejecución en todo o parte de la pena, lo cual se traduce en un aumento significativo del margen de discrecionalidad del juez – abordado en el Capítulo III - a la hora de fijar el periodo de pena a cumplir en un Centro Penitenciario. Al igual que en el apartado anterior, la sustitución se hará igualmente efectiva cuando el condenado acceda al tercer grado o le haya sido concedida la libertad condicional, incluso cuando se haya determinado en sentencia un mayor plazo de cumplimiento en prisión.

Algunos autores entienden que esta modificación alberga matices diferenciadores del apartado anterior. En lo relativo a la expresión “*en estos casos*”, se podría afirmar que se procederá en todo caso a la sustitución del resto de la pena en el momento en el que el penado acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional, tanto en la modalidad total como parcial, salvo cuando tal expulsión sea manifiestamente

desproporcionada en atención a las circunstancias personales del penado⁶⁴. Además, se produce un cambio en la naturaleza jurídica de la expulsión dado que se permite la exigencia previa del cumplimiento total de la pena y, una vez cumplida, la posterior ejecución de la expulsión. A este respecto, carecería de sentido hablar de una sustitución parcial o total de la pena porque se trataría propiamente de una nueva pena⁶⁵.

3.4. Excepciones a la imperatividad

Como consecuencia de la interpretación sistemática de las previsiones del artículo 89 CP se infiere la existencia de dos salvedades al régimen imperativo de la expulsión judicial del extranjero penado: la excepción relativa – en tanto que no erradica por completo la posibilidad de expulsión – y la excepción absoluta – que excluye toda posibilidad de expulsión -. La primera se orienta a proteger los intereses generales de la sociedad como afirmación del ordenamiento jurídico que exige el cumplimiento de una parte significativa de la pena y la segunda trata de evitar cualquier extrañamiento del territorio nacional que pueda resultar, tanto en la vertiente objetiva como subjetiva, desproporcionado.

3.4.1. Excepción relativa

También conocida como excepción de orden político-criminal, la excepción relativa procederá cuando su aplicación resulte, por las circunstancias particulares concurrentes en el caso, inconciliable con el logro de los fines de la pena. A tal efecto, el artículo 89 CP enuncia dos criterios que se encuentran íntimamente conectados, que responden inequívocamente a la política criminal y que deberán ser valorados por el juez o tribunal antes de resolver sobre el destino del condenado:

Por un lado, la necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico, es decir, impedir que tenga lugar un desarme del Derecho Penal mediante la devaluación de los mecanismos de defensa del mismo, entre los que se encuentra la pena. Consecuentemente,

⁶⁴ Olano Giménez, M.C., *Formas substitutivas de la ejecución... cit.* p. 88

⁶⁵ Boza Martínez, D., *La expulsión de personas extranjeras... cit.* pp. 301 y 302. Sugiere el autor atender a la reconducción de la posibilidad prevista en el apartado anterior del artículo 89 basada en la sustitución de la pena referente a la libertad condicional o al tercer grado.

la decisión judicial no puede resultar en una expulsión automática, dado que debe considerar los intereses públicos relativos a la política criminal expresas por la Ley, la naturaleza jurídica del hecho delictivo, su gravedad y la realización de los fines de prevención general y especial.

Por otro lado, la necesidad de restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, esto es, evitar la sensación de impunidad que podría instalarse en la sociedad si la expulsión resulta en un mecanismo beneficioso para burlar la Ley penal. Se basa en razones de prevención general tanto negativa – eficacia preventiva y disuasoria de la pena – como positiva – desconfianza en la ley imperante para combatir conductas delictivas -.

Las penas – o suma de penas – de prisión superior a dos años e inferiores a cinco años podrán ser sustituidas por la expulsión siempre que las conductas sancionadas no contengan rasgos que hagan especialmente necesario el cumplimiento de la pena, bien por su gravedad intrínseca, bien por la forma que han sido ejecutadas. No obstante, cuando dichas penas superen los cinco años, la excepción relativa demandará otra lectura: dado que el supuesto ya atiende a delitos de singular gravedad en los que habrá de cumplirse, en todo o en parte, limitando la discrecionalidad judicial a la determinación del periodo mínimo de cumplimiento exigible para expresar el reproche que merece la conducta delictiva, con anterioridad a la expulsión del extranjero.

Los supuestos especialmente cualificados son susceptibles de la aplicación de la excepción relativa que llevará a exigir el cumplimiento total de la pena⁶⁶.

3.4.2. Excepción absoluta

Desde su incorporación al Código Penal, el grado de discrecionalidad del juez en la decisión de expulsar al extranjero que comete el delito ha recibido numerosas reformas. En la última de ellas, se introduce la siguiente disposición como mecanismo para evitar el automatismo de la medida:

⁶⁶ Circular 7/2015, de 17 de noviembre: Los supuestos especialmente cualificados son la delincuencia organizada, los actos que afecten seriamente a la seguridad exterior o interior del Estado o al funcionamiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad y los ataques más graves a bienes jurídicos personales susceptibles de generar un grave sentimiento de inseguridad en la sociedad.

4. No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.

Este cambio normativo se produce como consecuencia de la demanda jurisprudencial⁶⁷ y doctrinal⁶⁸ en tal materia al entender que la expulsión contradecía las finalidades de reeducación y reinserción social establecidas en el artículo 25.2. de la Constitución Española. Se estimaba necesario conceder la potestad a los jueces y tribunales sobre la medida y la necesidad de que estuviese motivada y justificase la decisión de expulsión atendiendo a cada caso y de forma individualizada, ya que en caso contrario se podría vulnerar derechos fundamentales como consecuencia del automatismo⁶⁹.

El TEDH ha reiterado en muchas ocasiones la importancia y necesidad de realizar una labor de ponderación de determinadas circunstancias que afectasen al autor, entre las cuales se encuentra el arraigo en el país de residencia. A la hora de redactar la última versión del artículo el legislador español utilizó los criterios establecidos por el TEDH, estableciendo en la Exposición de Motivos de la reforma el condicionamiento de la sustitución, en todos los casos, a la proporcionalidad de la medida.

Es necesario atender a las circunstancias del hecho y a las circunstancias personales del autor. En cuanto a las primeras, dando respuesta a las finalidades penales de prevención general y especial, el juez o tribunal que decida acerca de la sustitución de la pena por la expulsión deberá considerar la naturaleza del hecho delictivo, especialmente su gravedad. De este modo, no procederá la expulsión cuando, dadas la naturaleza y gravedad del delito, la decisión elimine los efectos coercitivos y disuasorios de la norma penal, pues provocaría la convicción general de que los extranjeros gozan de

⁶⁷ STS 901/2004, de 8 de julio de 2004, FD Segundo.

⁶⁸ Cabe citar, en otros, a Asua Batarrita, A. *La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración*, Inmigración y Derecho Penal. Bases para un Debate, 2001; Cancio Meliá, M. *La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal* (art. 89 CP), VV.AA., Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005; Navarro Cardoso, F. *Expulsión penal de extranjeros...* cit.

⁶⁹ Sánchez Melgar, J. *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, 2ª Ed. Sepín editorial jurídica, Madrid, 2006.

impunidad para la comisión de delitos fuera de su país, recibiendo como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen. Tampoco procederá la expulsión cuando así lo requiera la necesidad de protección de las víctimas en el país de origen. Por otro lado, en relación con las circunstancias personales del autor, será necesario considerar el grado de integración en la sociedad española por parte del extranjero condenado de cara a decidir sobre su posible expulsión sustitutiva de la pena, valorando particularmente su arraigo en España⁷⁰.

Es necesario conocer qué se entiende por arraigo ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado que presenta contornos vagos e imprecisos que requieren la determinación de los factores que lo integran⁷¹. Por un lado, encontramos el criterio formal, propio del ámbito administrativo, dirigido al control de fronteras y a la regulación de los flujos migratorios que dependen de las necesidades laborales y económicas del país⁷². Atiende a la existencia de vínculos con el país sin entrar a valorar su efectividad. Por otro lado, existe el criterio material que requiere que los vínculos sean efectivos para considerar el arraigo, propio de la normativa penal como limitador de la expulsión y como factor de protección frente al delito⁷³.

Como se señaló con anterioridad al describir las reformas efectuadas, se establece a juicio de la FGE una excepción absoluta a la expulsión basada en la necesidad de que la expulsión sea proporcionada. Dicha proporcionalidad tendrá por objeto la exigencia de una valoración del impacto de la medida en la vida privada y familiar del extranjero y de la gravedad del hecho por el cual fue condenado. Se da tanto en la sustitución íntegra como en la parcial, tal como redacta en la Exposición de Motivos. Además, el arraigo personal del extranjero compromete derechos del más alto rango como la intimidad personal y familiar y el derecho a la vida privada y familiar, previstos en los artículos 18.1 CE y 8 del CEDH), respectivamente⁷⁴. Añade la jurisprudencia del TS que la

⁷⁰ Muñoz Gayán, M.E., *La expulsión de los extranjeros...* cit. p. 294 y 295

⁷¹ Carbajal García, P (2012) “El concepto jurídico de arraigo en la Doctrina Judicial”, *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*.

⁷² El artículo 57.5 LOEX regula los sujetos a los que no podrá ser impuesta la sanción de expulsión.

⁷³ García-España, E. “El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión”.

⁷⁴ Circular FGE 7/2015, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por la LO 1/2015

expulsión que comprometa la vida o la integridad por las circunstancias del penado y de su país de origen será desproporcionada y, por tanto, no se aplicará⁷⁵.

Entre el análisis de las circunstancias personales del penado se habrá de poner especial atención a las siguientes circunstancias: la duración de la residencia, el tipo de migrante, el estado de salud, la situación familiar, el impacto de la medida en los miembros del núcleo familiar del penado y la vinculación del penado con el país de origen.

La duración de la residencia es de vital importancia puesto que se entiende que a mayor tiempo permanezca en el territorio español, mayor arraigo generará debido a los vínculos sociales, laborales y familiares que vaya forjando. Aunque lo normal es que los residentes legales en España eviten la expulsión, salvo que se deba a causas de seguridad y orden interior, no puede establecerse un criterio de presunción general de arraigo y será necesario examinar cada caso concreto.

Existen determinadas circunstancias que provocan que el asentamiento prolongado convierta al extranjero en un ciudadano propio del país, como son los inmigrantes de segunda generación – hijos de los inmigrantes nacidos y criados en España que se consideran españoles y extranjeros a los ojos del país de origen de sus padres – e inmigrantes que llegaron durante su infancia o juventud – cuyo único vínculo con el país natal es la nacionalidad -.

Cuando un extranjero se vea afectado por un estado físico o psíquico tan grave que la aplicación de la medida lo desampare en una situación de grave vulnerabilidad o simplemente agrave su situación, la medida de sustitución de la expulsión se considerará desproporcionada y no habrá lugar para su aplicación⁷⁶.

Tampoco procederá, siguiendo el criterio de la desproporcionalidad, la medida de expulsión que afecte a un extranjero que guarde relaciones estables de convivencia o dependencia con su familia establecida en España⁷⁷. Ahora bien, dichas relaciones habrán de ser con parientes próximos – cónyuge o pareja de hecho, hijos, padres o hermanos, o

⁷⁵ STS 791/2010, de 28 de septiembre y STS 853/2010, de 15 de octubre

⁷⁶ STEDH, de 13 de julio de 1995, Nasri contra Francia.

⁷⁷ STEDH, de 13 de 11 de octubre de 2011, Emre contra Suiza.

parientes en situación de dependencia⁷⁸-, genuinas de convivencia o asistencia material, reales y estables – no siendo suficiente alegaciones de vínculos formales o de parentesco- y en las que se demuestre la efectividad – en el caso de matrimonios, la propia de una pareja y en caso de hijos, paterno-filiales -. Además, la consideración de dicha situación familiar procederá tanto al dictarse la sentencia como el momento de su ejecución⁷⁹.

Deberá valorarse de igual forma los posibles efectos que tendría la separación de los miembros del grupo familiar atendiendo específicamente a la imposibilidad o dificultad de acompañamiento. Además, valorarán los jueces la relación de dependencia en la que habrá que acreditar, de cara a evitar la decisión que imponga la expulsión, las relaciones reales y efectivas de vida familiar incluyendo la mutua dependencia, habida cuenta de la edad de los hijos y otras condiciones adicionales. Se entiende que más jóvenes sean los hijos, mayor será la dependencia y necesidad de asistencia familiar.

Por último, se tendrá en cuenta la vinculación del afectado con su país de origen, ponderando el grado de pertenencia en el Estado de acogida (positivamente) frente a los vínculos existentes en la nación de procedencia (negativamente)⁸⁰.

Además del arraigo, hay que considerar las circunstancias del hecho y otros aspectos que podrían afectar al juicio de proporcionalidad como es el riesgo de que el extranjero pudiera quebrantar el orden público o la seguridad pública. Por ello es importante valorar la gravedad del delito y el grado de afectación del mismo al bien jurídicamente protegido. Como consecuencia, podría resultar proporcionada una expulsión sustitutiva del extranjero que, habiendo acreditado su arraigo personal en España, cometa un delito grave para la seguridad interior o exterior del Estado y genere un sentimiento de inseguridad para la sociedad española.

Se recuerda finalmente que la evaluación del arraigo según el TS debe considerar la intensidad del establecimiento en España de un individuo extranjero contemplado desde dos perspectivas: desde el plano individual ha tener en cuenta el esfuerzo vital que realiza el condenado para lograr el asentamiento en el país, ponderado desde su propia

⁷⁸ STEDH, de 17 de febrero de 2009, Onur contra Reino Unido.

⁷⁹ STEDH, de 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia.

⁸⁰ STEDH, de 12 de enero de 2010, Khan contra el Reino Unido.

expectativa de futuro y desde las consecuencias que podrían acarrear su potencial expulsión en relación con su vida familiar, afectiva laboral u otros intereses patrimoniales en juego; desde el punto de vista colectivo, tampoco se podría eludir en los casos en que la norma penal apela al arraigo como punto de referencia del grado de proporcionalidad de la medida que evoca la expulsión. En este sentido, el arraigo determina si el extranjero condenado participa de los principios fundamentales que asientan constitucionalmente la convivencia social y en qué medida percibe la comunidad a la que se arraiga como propia.

Es el cómputo de ambos factores – tanto el personal como el colectivo - la herramienta que atiende a medir el arraigo y ofrecer una ponderación del grado de afectación ante una eventual decisión de expulsión. Se desvela así si la respuesta punitiva referida al delito cometido y a las circunstancias que acompañan puede resultar o no desproporcionada⁸¹.

A modo de síntesis, el nuevo apartado (art. 89.4 CP) se articula como una medida de prevención especial positiva – recordemos que se orienta a la reinserción – al entender como opción más adecuada el cumplimiento de la pena en España, el lugar al que se encuentra vinculado en mayor medida. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la LOEX mantiene la expulsión como medida administrativa frente a aquellos sujetos a los que no les fue aplicada la expulsión penal por demostrar arraigo en España, de modo que se sigue privando al sistema en su conjunto de la finalidad reeducadora.

3.5. Tiempo y forma de la resolución judicial

Según el apartado tercero del artículo 89 CP: *“El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena”*.

Por tanto, la decisión de expulsión se adoptará en la propia sentencia y ante la imposibilidad de hacerlo, con carácter excepcional, el juez o tribunal se pronunciará en

⁸¹ Evaluación del arraigo (STS 1177/2017, de 29 de marzo)

un auto posterior con la mayor urgencia⁸². Aunque el precepto solo exija la audiencia del Fiscal y las partes sobre la concesión de la sustitución cuando la cuestión se dirima en un auto posterior a la sentencia, se deben observar las mismas exigencias cuando se adopta la decisión en la sentencia conclusiva del proceso.

Con la extensión del ámbito subjetivo a todos los extranjeros, se ha eliminado toda la problemática existente en torno a la prueba de la situación administrativa del extranjero. No obstante, pueden surgir circunstancias que impidan una práctica adecuada durante el plenario de la prueba de hechos o circunstancias que pudieran condicionar la expulsión a pesar de haber sido alegadas pertinentemente por cualquier de las partes⁸³.

Como conclusión, el trámite de audiencia seguirá vigente en todo caso, bien si la expulsión es decretada en sentencia, bien si es decretada en un momento posterior⁸⁴.

3.6. Plazo de duración de la prohibición de regreso al territorio español

El apartado quinto del artículo 89 CP prevé: *el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.*

Con la nueva reforma, se insta al Fiscal a fijar su posición acerca del potencial arraigo y, descartado este, solicitará la determinación – en sentencia – del plazo de prohibición de regreso al territorio español en el supuesto de que la expulsión se materialice finalmente. Si se solicita el cumplimiento de la pena en aras de atender a razones de prevención general, se instará al juez o tribunal encargado de la causa la determinación del plazo de prohibición de regreso tras su expulsión cuando las decisiones

⁸² STS 17/2002, de 21 de enero. La celeridad de la decisión no puede cercenar el debate necesario entre las partes sobre la pertinencia y legalidad de la medida, es decir, se exige un debate contradictorio, bien sobre la expulsión, bien sobre el cumplimiento de la condena, y no basta con que el extranjero sea oído formalmente o se le conceda la última palabra.

⁸³ Circular FGE 7/2015, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por la LO 1/2015. Señalan que tal posibilidad se producirá comúnmente en los juicios que se celebren en ausencia del acusado o en los enjuiciamientos inmediatos, es decir, aquellos que se tramitan en el propio servicio de guardia.

⁸⁴ Cano Cuenca, A., *Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión (arts. 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89)*. Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, p. 372

penitenciarias se anticipen al momento de agotar la parte de pena fijada en sentencia o al acceso del tercer grado o la libertad condicional.

Para la fijación del plazo se habrá de considerar la duración de las penas sustituidas y las circunstancias personales del autor del delito. Es interesante la guía orientativa que sugiere la FGE en la Circular 7/2015, que establece: hasta los dos años de prisión, una duración de cinco años de prohibición de regreso; desde los dos hasta los cinco años de prisión, un intervalo del plazo prohibitivo de regreso de entre seis y nueve años; finalmente, para penas de prisión superiores a cinco años se propone una prohibición de regreso de diez años.

3.7. Reversibilidad de la decisión de expulsión

Existe la posibilidad de revocar la resolución judicial que decida ejecutar la expulsión con el objetivo de atender a la proporcionalidad de la medida. En este sentido, debe atenderse a las modificaciones de la situación del reo en relación con su integración en España en el momento de la materialización de la expulsión.

La revisión será obligatoria para la sustitución de la pena por la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea atendiendo al artículo 33.2 de la Directiva 2004/38/CE⁸⁵. En el caso de los extranjeros de terceros países fuera de la UE, se exige igualmente la valoración del comportamiento observado en el extranjero⁸⁶ o del tiempo transcurrido⁸⁷, desde la comisión del delito hasta su expulsión.

3.8. Aseguramiento cautelar de la ejecución

El mecanismo empleado para garantizar el cumplimiento de la expulsión judicial es la privación de libertad mediante el ingreso en un CIE. Así lo refleja el artículo 89.8 CP: *“Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este*

⁸⁵ Según el art. 33 de la Directiva 2004/38/CE: *“cuando una orden de expulsión de las contempladas en el apartado 1 (como pena o medida accesoria a una pena privativa de libertad) vaya a ejecutarse dos años después de haberse dictado, el Estado miembro deberá comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de las circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión”*.

⁸⁶ STEDH 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca

⁸⁷ STEDH 18 de febrero de 1991, Moustaquim contra Bélgica

artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa”.

Para fijar el periodo de internamiento los jueces y tribunales habrán de atender al artículo 62.2. LOEX. La duración del internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para asegurar los fines del expediente, pero su duración máxima es de 60 días y no se podrá acordar un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en el mismo expediente. Solo sería aconsejable el ingreso en CIE cuando la duración y circunstancias concurrentes en el hecho y el autor sean susceptibles de la suspensión condicional prevista en el artículo 80 CP como consecuencia del perfil bajo de peligrosidad que presentaría el condenado compatible con las condiciones y regímenes de vida propios de un CIE.

3.9. Imposibilidad de ejecución

Continúa el apartado octavo del artículo 89 CP: *“En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma”.*

Los principales motivos que impiden la ejecución de la expulsión pueden ser de naturaleza material – entre otros: negativa del Estado de origen, la falta del visado, imposibilidad o dificultades de transporte, etc -. Constatada la imposibilidad de hacer cumplir la expulsión, se ejecutará la pena de prisión según el régimen ordinario y serán los Fiscales los que dictaminen acerca de la aplicación de la suspensión condicional

conforme a los criterios generales empleados para el resto de los condenados a penas privativas de libertad⁸⁸⁸⁹.

Sin embargo, si la imposibilidad de expulsión se debe a una voluntad deliberadamente obstruccionista del condenado extranjero materializada en actos de rebeldía, se considerará con anterioridad a optar por el cumplimiento de la pena de prisión o por la suspensión.

3.10. Quebrantamiento de la prohibición de regreso

Finalmente, el artículo 89.7 CP dispone: *“Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento.*

No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad”.

Pueden darse dos situaciones en las que se vulnere la prohibición de regreso: que el extranjero sea detectado en la frontera del territorio español – siendo inmediatamente rechazado y reiniciando íntegramente el cómputo del plazo de prohibición de entrada en España – o que logre la entrada efectiva en España.

En el segundo caso, tendrá que cumplir la pena que le fue sustituida por la expulsión. No obstante, se amplía la discrecionalidad del juez al añadirse la opción de reducir equitativamente su duración considerando el periodo de tiempo transcurrido

⁸⁸ APP de Barcelona, Sección 9ª, nº 686/2019, de 20 de diciembre. Es importante diferenciar, como ocurre en este caso, la imposibilidad definitiva de una dificultad organizativa temporal, pasajera o circunstancial. No resultan aplicables el máximo de 30 días destinados a la materialización (DA 17ª) – por aplicarse sin la concurrencia de causa justificada – ni el plazo de 60 días de duración máxima de internamiento – que no resulta aplicable al art. 89 CP.

⁸⁹ Circular 7/2015 FGE, cit. Prevé un plazo de dos años para plantear el potencial arraigo que imposibilite la materialización de la expulsión prevista en el artículo 89 CP.

desde la expulsión así como las circunstancias que acompañan a su incumplimiento. En este sentido, según la Circular 7/2015 de la FGE estarán justificadas las reducciones de condena cuando el quebrantamiento de la prohibición se realice por razones socialmente admisibles – como visitar a un familiar enfermo, asistir al nacimiento de un hijo, etc. – y no lo estará cuando tales motivos respondan a la comisión de nuevos delitos.

CAPÍTULO III. COMPATIBILIDAD CON LOS FINES DE LA PENA

Es importante conocer el grado de compatibilidad que existe entre la medida de expulsión y el ordenamiento jurídico en relación con los fines de las penas. Para ello, se analizarán las teorías que establecen la fundamentación de las penas y se tratará de averiguar si la expulsión se ajusta a tales fines.

1. FINALIDAD RETRIBUTIVA

En primer lugar, se encuentran las teorías absolutas que defienden el carácter retributivo de la pena como única finalidad, excluyendo así cualquier efecto preventivo. Siguiendo este criterio, se entiende la pena como una exigencia absoluta e ineludible de justicia frente a quien cometa un hecho constitutivo de delito. El fundamento de la pena radica en el principio *punitur quia peccatum est*. Esta teoría presenta dos vertientes diferentes: la objetiva – relativa al hecho susceptible de reclamación de justicia – que consiste en la compensación del daño sufrido mediante la causación de otro daño a través de la pena impuesta y, por otro lado, la subjetiva – dirigida al delincuente – que actúa como sistema de expiación del sujeto. Estas teorías ponen el foco en el pasado.

La pena se erige intrínsecamente como retribución en tanto en cuanto se trata de una medida represiva. Sin embargo, en palabras del catedrático en Derecho Penal, Antonio García Pablos de Molina, “*el debate en torno al retribucionismo no puede agotarse en la constatación de esa naturaleza de la pena que es, siempre, represiva. Y en ese plano es en el que las propuestas retribucionistas deben entenderse superadas*⁹⁰”.

Las teorías absolutas no son las acogidas en el ordenamiento jurídico español, pues tal y como se recoge en el artículo 25.2. de la Constitución español “*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y la reinserción social*”⁹¹. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha negado la

⁹⁰ García-Pablos de Molina, A. *Manual de Criminología: introducción y teorías de la criminalidad*, Espasa Calpe Editorial, 1988

⁹¹ Ahora bien, el artículo 25.2. CE no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación (STC 2/1987, de 1 de enero y Auto de 10 de julio de 1985).

limitación de la orientación de la pena a la reinserción, de modo que se permite que la fundamentación de la pena se lleve a cabo en base a postulados retribucionistas o de prevención general adicionalmente⁹².

2. FINALIDAD PREVENTIVA

En segundo lugar, se encuentran las teorías relativas que encuentran como punto de referencia la prevención, tanto en sentido general como especial con sus correspondientes versiones negativas y positivas. En este sentido la pena no tiene como fin principal castigar al que comete un delito, sino evitar que se cometan delitos. Por tanto, estas teorías, a diferencia de las retributivas, se centran en el futuro.

La prevención general se basa en una intimidación global al conjunto de la sociedad para disuadir los intentos de comisión de delitos ejerciendo así una función pedagógica basada en la advertencia⁹³.

En su versión negativa se articula como una amenaza coactiva frente a los actos delictivos realizados por los miembros de la sociedad. En este sentido la pena pretende dar a entender las consecuencias que puede acarrear el incumplimiento de la normativa y busca que cada persona las evite.

En su versión positiva, se busca reafirmar la eficacia de la normativa ante incumplimientos de la misma a través de la sanción como formato ejemplificador, al demostrar que la norma vigente se aplica.

Por otro lado, la prevención especial concreta el objetivo penal en el individuo que transgrede el ordenamiento jurídico.

Cuando se habla de prevención especial positiva se hace referencia aquella finalidad orientada a lograr una reeducación y reinserción de la persona que vulnera la

⁹² STC 2/1987, de 21 de enero.

⁹³ STSJ 156/2019 de Madrid, de 19 de julio. Se afirma que el cumplimiento parcial de la condena es una decisión de política legislativa destinada a reforzar el fin de prevención general de la pena para evitar la impunidad que supondría el mero retorno al país de origen, dando lugar al “efecto llamada”.

norma de para que corrija su comportamiento y lo oriente hacia el cumplimiento de la normativa vigente. En cambio, su modalidad negativa consiste en evitar que aquella persona que cometió un acto delictivo lo vuelva a hacer en el futuro mediante su neutralización, protegiendo así a la sociedad. Se aplica de manera subsidiaria a la prevención especial positiva en aquellos sujetos que no son o no quieren ser susceptibles de reinserción.

En relación con la medida de expulsión la eficacia de cada fin de la pena varía considerablemente. Con respecto a sustitución íntegra, la prevención general positiva genera el efecto intimidatorio hacia el colectivo extranjero y la tranquilidad hacia el resto de la sociedad, pues serán conscientes de la consecuencia que podría acarrear la comisión de un delito que prevea la expulsión como medida resolutive⁹⁴. No obstante, puede perder eficacia en tanto dichas expulsiones no lleguen a producirse por cuestiones prácticas, desembocando un efecto de desconfianza hacia la medida en cuestión y el conjunto del ordenamiento jurídico⁹⁵. En cambio, la prevención general negativa no resulta tan eficaz dado que los delincuentes extranjeros susceptibles de la expulsión atenderían a una medida contenida en el Código Penal con idéntica naturaleza a la administrativa. Por otro lado, la sustitución parcial anula las carencias de la sustitución íntegra ya que los condenados ejecutarían parte de la pena y posteriormente la consecuente expulsión y prohibición de regreso.

La mayor discrepancia que suscita la medida de expulsión se genera frente a los fines preventivos especiales positivos, pues se entiende que un mecanismo que aboga por la deportación del condenado y la prohibición de regreso es incompatible con su futura reinserción – dado que no podrá formar parte de la comunidad si es excluida de la sociedad y del territorio - o reeducación – puesto que la expulsión no implica la recapitación o el aprendizaje de la normativa. Ahora bien, la finalidad preventiva especial negativa – cabe recordar que debería ser subsidiaria de la vertiente positiva – se cumple a la perfección puesto que evita la reincidencia en el territorio español.

⁹⁴ STS 1189/2005, de 24 de octubre

⁹⁵ Además, señala la FGE en su Circular 7/2015 que la expulsión sustitutiva es frecuentemente imposible de aplicar puesto que se dan numerosas causas independientes de los presupuestos jurídicos que la regulan. Ejemplo de ello son: la imposibilidad de determinar la nacionalidad el afectado, la negación o no aceptación por parte del Estado de origen, el elevado costo de la repatriación, el grave riesgo que podría suponer la repatriación para la integridad y la vida del extranjero objeto de expulsión, etc.

Por todo lo anterior cabe preguntarse qué razones llevan al legislador a incluir la expulsión en el CP si no resulta acorde a sus fines principales. Es evidente que la motivación principal de la medida de expulsión como sustitutiva de la pena de prisión no responde a las finalidades de la pena (implica más bien su no imposición), sino a intereses económicos de política penitenciaria para disminuir el número de penados extranjeros, que son los que tienen problemas de adaptación y sobre los que es más difícil verificar una labor de reinserción o resocialización⁹⁶. De esta manera se cumple con el objeto de favorecer la realización de los fines de la política inmigratoria propia del Gobierno según el artículo 2 bis LOEX en detrimento de los principios penales⁹⁷.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional aclara que la orientación de reeducación y reinserción del artículo 25.2 CE no establece un derecho que pueda ser invocado en vía de amparo constitucional sino que, por el contrario, se trata de una orientación dirigida al legislador penal. Además, la medida establecida en el artículo 89 del CP no puede entenderse como una pena al no encontrarse recogida en lista taxativa del artículo 33 del mismo texto normativo y al caracterizarse por el agotamiento en un único acto puntual. Recuerda también que la finalidad preventivo especial no sólo no es la única que corresponde cumplir a la penas sino que deberá ceder en tanto resulte contrapuesta a las necesidades de prevención general o reafirmación del ordenamiento jurídico⁹⁸. Entonces, puesto que la expulsión no es una pena ni una medida de seguridad, no cumple ni podrá cumplir los fines de las mismas al tratarse en términos generales de una renuncia al *ius puniendi* para fines que le son ajenos, como son la política de extranjería y la administración penitenciaria. En términos especiales consta de naturaleza ambigua, pudiendo tratarse de una suspensión condicional de la pena o de una retribución en su sentido clásico. Ahora bien, su naturaleza no dependerá de las características del delito o de la gravedad de la pena sustituida, sino exclusivamente de las circunstancias personales del extranjero penado⁹⁹.

⁹⁶ AAP de Cádiz, Ceuta, nº 86/2005, de 18 de mayo.

⁹⁷ García-España, E. “El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión”.

⁹⁸ ATC 106/1997, de 17 de abril

⁹⁹ Salinero Echevarría, S. “La expulsión de extranjeros en el Derecho Penal. Una Realidad en España, una posibilidad en Chile”.

CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES

La expulsión es una medida con origen administrativo que ha sido incorporada al bloque penal para agilizar su ejecución en beneficio de la política migratoria y económica dirigida por el Gobierno. Su regulación se hizo necesaria como consecuencia del movimiento migratorio que acogía España y otros países a partir de exigencias de la Comunidad Europea. En dicha regulación se ha venido diferenciando tradicionalmente entre los extranjeros “deseados” y los “no deseados” en función de la situación administrativa y el aporte global que podían hacer al país.

No existe acuerdo acerca de la naturaleza jurídica de la medida de expulsión. Sin embargo, el autor de este trabajo se inclina a compartir la opinión de Recio Juárez, M. En este sentido, *“aunque reúne notas que le son propias a las medidas de seguridad, a la suspensión ordinaria de las penas privativas de libertad e, incluso, de la expulsión administrativa de extranjeros, sin negar su efecto preventivo a nivel intimidativo e inocuizativo, no puede identificarse plenamente con ninguna de dichas instituciones, de manera que nos encontramos ante una figura autónoma de natura híbrida, configurada como una sustitución especial de la pena”*.

La discrecionalidad de la medida ha variado en cada una de sus reformas para terminar estableciendo la necesidad de atender a ciertos requisitos y evitando una práctica automática. En particular se ha articulado como esencial la proporcionalidad de la medida y la atención a las circunstancias del hecho y personales de cada individuo, además de las razones de prevención general.

Se establece una gran diferencia en la aplicación de la medida en función de la nacionalidad del sujeto, siendo inexistente en el caso de españoles, especialmente protegida para ciudadanos nacionales de Estados miembros de la Unión Europea – dotando a la medida el carácter excepcional – y aplicable a cualquier extranjero de terceros Estados.

Como consecuencia de las exigencias jurisprudenciales y doctrinales españolas, y posteriormente del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, la medida debe atender a los

fines de la pena, especialmente la prevención general. En el análisis de dichas finalidades se ha concluido que protege el fin preventivo general positivo – garantizando la confianza en la norma – y el fin preventivo especial negativo – al imposibilitar la reincidencia en el país. No obstante, es muy criticada la eficacia de la medida en relación con el fin retributivo – la víctima no se ve compensada -, el fin preventivo general negativo – al no diferenciarse en gran medida de la sanción administrativa – y, en mayor medida, el fin preventivo especial positivo – al considerarse plenamente incompatible la expulsión del territorio con la reinserción en el mismo y la sociedad que en él convive.

Finalmente, como respuesta a la hipótesis principal del trabajo, se concluye que, a pesar de las controversias y problemas que giran en torno a la medida, cumple los objetivos y fines para los que fue diseñada. Contribuye a mejorar la situación tanto institucional – mediante la armonización administrativa y penal, la unificación de las direcciones establecidas por la Unión Europea y la adecuación de las medidas penales a las finalidades propias del Derecho Penal – como personal – a través de la ampliación de garantías del condenado con base en la proporcionalidad de la medida en relación con las circunstancias del hecho y personales del autor del delito.

CAPÍTULO V. BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Constitución Española

Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero

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

Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

LO/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

Tratado de la Unión Europea

2. JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional:

STC 99/85, de 30 de septiembre

STC 2/1987, de 1 de enero

ATC 486/1985, de 10 de julio

STC 115/1987, de 7 de julio

ATC 106/1997, de 17 de abril

STC 203/1997, de 25 de noviembre

ATC 33/1997, de 10 de febrero

STC 24/2000, de 31 de enero

STC 72/2005, de 4 de abril

STC 17/2013, de 31 de enero

Tribunal Supremo:

STS 901/2004, de 8 de julio

STS 183/2004, de 28 de octubre

STS 1189/2005, de 24 de octubre

STS 274/2006, de 29 de mayo

STS 791/2010, de 28 de septiembre

STS 853/2010, de 15 de octubre

STS 1177/2017, de 29 de marzo

STS 893/2018, de 31 de mayo 28

STS 1810/2019, de 3 de junio

Audiencia Provincial:

AAP de Cádiz, Ceuta, 86/2005, de 18 de mayo

APP de Barcelona, Sección 9, 686/2019, de 20 de diciembre

SAP de Barcelona, Sección 22, de 31 de julio

Tribunal Superior de Justicia:

STSJ 156/2019 de Madrid, de 19 de julio.

STSJ 61/2019 de Aragón, de 26 de septiembre

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

STEDH, de 13 de julio de 1995, Nasri contra Francia TEDH/1995/23

STEDH, de 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia

STEDH, de 17 de febrero de 2009, Omur contra Reino Unido

STEDH, de 12 de enero de 2010, Khan contra Reino Unido

STEDH, de 11 de octubre de 2011, Emre contra Suiza

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE, de 10 de julio de 2008, Jipa, C-33/07

STJUE de 23 de noviembre de 2010, Tsakouridis, Asunto C-145/09

STJUE, de 17 de noviembre de 2011, Gaydarov, C-420/10

STJUE, de 22 de mayo de 2012, P.I., C-348/09

Fiscalía General del Estado

Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.

Circular 7/2015, de 17 de noviembre, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por LO 1/2015

Consejo de Estado

Informe de 27 de junio de 2013, nº 358/2013, relativo a un anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

3. OBRAS DOCTRINALES

Asua Batarrita, A. *La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración*”, Inmigración y Derecho Penal. Bases para un Debate, 2001

Boza Martínez, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Edición Aranzadi, Cizur Menor, 2016

Brandariz García, J.A. y Fernández Bessa, C. *La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal español*. Criminalización racista de los migrantes en Europa, Comares, Granada, 2010

Brandariz García, J.A. *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*, Comares, Granada, 2011

Carbajal García, P (2012) “El concepto jurídico de arraigo en la Doctrina Judicial”, *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*

Cancio Meliá, M. *La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal* (art. 89 CP), VV.AA., Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005

Cano Cuenca, A., *Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión* (arts. 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89). Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo blanch, Valencia, 2015

Díaz y García Conlledo, M., *Protección y expulsión de extranjero en Derecho Penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2007

Díez de Velasco, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 2013

García-España, E. “El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión”

García-Pablos de Molina, A. *Manual de Criminología: introducción y teorías de la criminalidad*, Espasa Calpe Editorial, 1988

González Tascón, M. M. (2016). “La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión”

Gracia Martín, L., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. El sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito*, Edición Tirant lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2012

Izquierdo Escudero, R., *Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el art. 89 del Código Penal. Comentario al Auto del TC 106/1997, de 17 de abril*, La Ley, 1997

Leganés Gómez, S., *La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015*, Diario La Ley, nº 8579, 2015

Mapelli Caffarena, B y Terradillos Basoco, J. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª Ed. Civitas, Madrid, 1996.

Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Thomson Civitas, 5ª edición, Pamplona, 2011

Martín Escribano, P.A., *La expulsión de extranjeros del artículo 89 del Código Penal: Análisis jurídico Penal y Criminológico*, Universitat de Girona, 2015

Muñoz Gayán, M.E., *La expulsión de los extranjeros como medida sustitutiva a la pena de prisión en la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Castellón, 2015

Muñoz Ruiz, J. *La expulsión penal: nuevas tendencias legislativas*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2014

Navarro Cardoso, F., *Expulsión penal de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal “Simbólico” y Derecho penal del “Enemigo”*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, nº 17, 2006

Olano Giménez, M.C., *Formas sustitutivas de la ejecución de las condenas privativas de libertad*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017

Recio Juárez, M. *Posición del extranjero como sujeto pasivo del proceso penal español*, Universidad de Vigo, Vigo, 2015

Recio Juárez, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016

Rodríguez Yagüe, C., *El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes*, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2012, nº 14-07, p. 07:4

Salinero Echevarría, S. *La expulsión de extranjeros en el Derecho Penal. Una Realidad en España, una posibilidad en Chile*, Polít. Crim. Vol. 6, nº11, 2011

Sánchez Melgar, J. *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, 2ª Ed. Sepín editorial jurídica, Madrid, 2006