

LA EXPULSIÓN PENAL

Nuevas tendencias legislativas

Josefa Muñoz Ruiz

Profesora de Derecho Penal y Criminología. Universidad de Murcia

MUÑOZ RUIZ, Josefa. La expulsión penal: nuevas tendencias legislativas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2014, núm. 16-05, p. 05:1-05:44. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-05.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 16-05 (2014), 30 jul]

RESUMEN: El presente artículo, tras abordar la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional de los extranjeros sin residencia legal en España, y su posible configuración como opción político-criminal orientada al control de flujos migratorios y a la exclusión de la

ejecución penal del extranjero ilegal, examina los presupuestos subjetivos y materiales exigidos por la legislación vigente para acordarla, así como las novedades más sobresalientes introducidas en la materia por el Proyecto de Reforma del Código Penal, publicado en el BOCG el 4 de octubre de 2013.

PALABRAS CLAVE: Extranjero, pena privativa de libertad, sustitución, expulsión de inmigrantes, presupuestos, novedades legislativas.

Fecha de publicación: 30 julio 2014

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NATURALEZA. III. ÁMBITO SUBJETIVO: 1. Extranjeros sin residencia legal: prueba de la residencia legal y momento 2. Ciudadanos de la Unión Europea y asimilados. IV. ÁMBITO OBJETIVO: 1. Sustitución íntegra de la pena. 2. Sustitución parcial de la pena. 3. Cuestiones comunes: 3.1. Carácter obligatorio de la expulsión. 3.2. Efectos de la expulsión. 3.3. Procedimiento. V. EJECUCIÓN POR IMPOSIBILIDAD DE LLEVAR A CABO LA EXPULSIÓN. VI. INTERNAMIENTO DEL RESIDENTE ILEGAL. VII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

España, con algo más de 4.676.000 extranjeros residentes¹, es, como apunta Salinero Echevarría, un país multicultural, multirracial, plurirreligioso y plurilingüístico². Pero esta diversidad no es casual. A partir de los años cincuenta, en se relaja-

¹ Datos estadísticos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística. Recurso electrónico disponible en: www.ine.es

² SALINERO ECHEVARRÍA, S.: “La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en

ron en Europa los controles de inmigración existentes, España, pese a ser un país tradicionalmente emigratorio, al igual que otros del sur de Europa como Italia o Francia, experimentó el fenómeno inverso: se convirtió en un país de inmigrantes en el que personas de distintas culturas y de dispar procedencia buscaban una respuesta social y económica a su situación, en muchas ocasiones desesperada³.

Sin embargo, pese a que en los setenta se comienza a escuchar en los países de la Comunidad Europea la expresión “cierre de fronteras”, y paulatinamente se va gestando lo que podría denominarse Fortaleza Europea, preocupada más por la protección a ultranza de sus ciudadanos que por la proclamación de la igualdad y la libertad de todos los individuos⁴, la máxima de “inmigración cero”⁵ no se llevó a sus últimas consecuencias. La entrada de extranjeros se prolongó durante décadas pues el crecimiento económico de esos años, el envejecimiento de la población española, los requerimientos del mercado de trabajo y las generosas políticas de admisión migratoria, hicieron de España un atractivo destino económico y laboral. Se trata, sin duda, de un fenómeno poliédrico en cuanto a causas y efectos y cuantitativamente expansivo. De hecho desde el año 1998 al 2008 se reporta un incremento de la tasa de inmigrantes regulares en el orden del 520%, si a estas cifras sumamos el contingente de inmigrantes irregulares o también llamados “sin papeles”, los cuales se situaban en cifras cercanas a 3000.000 personas, tenemos como resultado que más del 11% de las personas que habitaban España en esa época eran inmigrantes; porcentaje que si bien ha decaído sigue situándose en un 10% a principios de 2014⁶.

Obviamente, los inmigrantes en su conjunto –regulares o no-, y sea cualquiera el país donde estén situados, son un colectivo que contribuye de distintas maneras en las diversas áreas de la sociedad, sean laborales, culturales, educacionales, etc⁷. Pero la importancia cuantitativa y cualitativa de la inmigración plantea múltiples cuestiones y genera un cualificado deber de diligencia para los poderes públicos en

España, una posibilidad en Chile”, en *Política Criminal*. Vol.6, nº11 (julio 2011), p. 107. Recurso electrónico disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol611A4.pdf

³ MONCLÚS MASÓ, M.: “La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta”, en *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, nº 94, 2001, p. 1.

⁴ MONCLÚS MASÓ, M.: Tesis Doctoral. La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de flujos migratorios, Barcelona, 2005, p. 373.

⁵ GIL ARAÚJO, S.: “Muros alrededor de “el Muro”. Prácticas y discursos en torno a la inmigración en el proceso de construcción de la política migratoria comunitaria”, en Martín Palomo, M. T., Miranda López, M. J. y Vega Solís, C. (ed.), *Delitos y Fronteras. Mujeres extranjeras en prisión*, Ed. Complutense, Madrid, 2005, pp. 113 y 117, indica que las políticas de la Unión se caracterizan desde sus principios por el cierre de fronteras y la máxima de “inmigración cero”.

⁶ La población de España disminuyó en 220.130 durante el año 2013 y se situó en 46.507.760 habitantes a uno de enero de 2014. El número de extranjeros descendió un 7,8% debido a la emigración y a la adquisición de nacionalidad española, hasta situarse en 4.676.022. Durante 2013 España registró un saldo negativo de 256.849 personas. Este saldo, un 80,2% mayor que en 2012, estuvo provocado por un descenso del 4,3% de la inmigración y un aumento del 22,7% de la emigración. Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística. Recurso electrónico disponible en: www.ine.es

⁷ SALINERO ECHEVARRÍA, S.: “La expulsión...”, cit., pp. 106 y 107.

su tratamiento y ordenación, para que los potenciales peligros que pueden generarse (racismo, xenofobia, marginalidad, delincuencia) sean conjurados y para que en su lugar pueda avanzarse hacia la racionalización, integración, disfrute de derechos en igualdad y recíproco beneficio⁸.

Pero la inclusión social de los extranjeros ilegales no es fácil. Con este escenario de choque de culturas e intereses, resulta evidente, apunta Cancio Meliá, que España es un país especialmente llamado a formular respuestas jurídicas y de otro orden al fenómeno de la inmigración: en primer lugar, porque aquí la inmigración como fenómeno masivo se ha concentrado en un periodo de tiempo extraordinariamente breve, en segundo, porque en el caso español, el tránsito de un país emisor de emigración a un país receptor de inmigración es muy reciente, inferior a una generación, en tercer lugar, por la geografía del país, en uno de los extremos de la Unión Europea⁹. En correspondencia con estos factores, -entre otros- la cuestión ha ido alcanzando una relevancia cada vez más destacada en la discusión política española¹⁰.

La política de extranjería como cualquier otra política se construye y desarrolla a través de un conjunto de instrumentos de actuación positiva de naturaleza bien distinta: régimen de entrada, permanencia, permisos de residencia, salida de los no nacionales, etc., de acuerdo con la normativa internacional y comunitaria aplicable¹¹. En cualquier caso, cualquiera de las áreas se podría abarcar bajo la denominación genérica de “derecho de extranjería” está sometida a constantes reformas derivadas no sólo de los cambios por los que atraviesan los peculiares flujos inmigratorios hacia España¹² sino también por las exigencias de desarrollar unas políticas de cooperación en la Unión Europea en su permanente puesta al día de la regulación del espacio Schengen¹³ y la implementación de normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros

⁸ Circular 2/2006, de la Fiscalía General del Estado, de 27 de julio.

⁹ Sobre las expulsiones de extranjeros que desde África entran a Europa atravesando las vallas de Melilla, vid. ampliamente MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SÁNCHEZ TOMÁS J. M., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., GARCÍA ESPAÑA, E., GIMBERNAT ORDEIG, E., GONZÁLEZ GARCÍA, J., PÉREZ ALONSO, E., PÉREZ MANZANO, M., PÉREZ TREMP, P., PÉREZ VERA, E., REVENGA SÁNCHEZ, M., SAIZ ARNÁIZ, A., REY MARTÍNEZ, F., RÍOS MARTÍN, J. C., VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: “Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la Ley”, Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE, junio 2014, Recurso electrónico disponible en: <http://eprints.ucm.es/25993/>

¹⁰ CANCIO MELIÁ, M.: “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal”, en *ILECIP REV.* 002-04 (2007). Recurso electrónico disponible en: <http://www.ilecip.org>

¹¹ NAVARRO CARDOSO, F.: “Expulsión “penal” de extranjeros: una simbiosis de Derecho Penal “simbólico” y Derecho Penal del “enemigo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología 2ª Época*, nº17 (2006), p. 155.

¹² Durante el 2013 se registró un saldo migratorio negativo de 256.849 personas. Este saldo, un 80,2% estuvo provocado por un descenso del 4,3 de la inmigración y un aumento del 22,7% de la emigración. En el caso de los españoles, el saldo migratorio fue de -45.913 en 2013. Emigraron 79.306 personas e inmigraron 33.393. Cifras obtenidas en: www.ine.es

¹³ GÓMEZ MOVELLÁN, A.: “Unión Europea, inmigración y el nuevo reglamento de la ley de “extranjería”: un comentario crítico”, en *Jueces para la democracia*, Nº 26, 1996, p. 62.

países en situación irregular, instaurada por la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008¹⁴.

Pero aunque el régimen jurídico del derecho administrativo de extranjería, haciendo acopio de la normativa comunitaria, haya quedado aparentemente estabilizado tras las reformas de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social llevada a cabo por las Leyes Orgánicas 2/2009 y 10/2011, de 27 de julio, la publicación del Nuevo Reglamento de Extranjería, aprobado mediante Real Decreto 557/2011, y el desarrollo de determinadas iniciativas institucionales concertadas como el Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, firmado en octubre de 2011, lo cierto es que todavía quedan muchas cuestiones pendientes de necesario desarrollo¹⁵, y tampoco se han conseguido los fines disuasorios pretendidos. En este contexto, el modelo de política migratoria implementado por la Ley de Extranjería responde fundamentalmente a la ordenación de los flujos migratorios de carácter laboral optando el legislador por el perfil de inmigrante que necesita y, por ende, permite su entrada, estancia y desempeño de un trabajo en territorio español y al que reconoce el ejercicio pleno de derechos en tanto se encuentra en una situación de regularidad administrativa¹⁶, llevando, en contrapartida, a la exclusión y marginalización social a los llegados sin papeles, como si fueran enemigos de la sociedad.

En efecto, las políticas restrictivas no terminan con la inmigración indeseada sino que crean la irregularidad y, con ella, se agrava la vulnerabilidad de los inmigrantes¹⁷. En ese proceso selectivo, el legislador español ha plasmado sus miedos ante la delincuencia de inmigrantes, impidiendo su establecimiento en España y procurando su expulsión de nuestras fronteras. Ante el fracaso del control meramente administrativo, esa política selectiva en extranjería si ha ido abriendo paso en otros ámbitos, concretamente en el Derecho Penal¹⁸. Pero no hay que silenciar que la subordinación del Derecho Penal a la consecución de logros en la política de extranjería conlleva otro riesgo nada despreciable, cual es su sometimiento a los avatares de la coyuntura política. Ello trae como consecuencia decisiones legislativas desasosegadas, carentes de la necesaria serenidad y meditación que requieren

¹⁴ TORRES FERNÁNDEZ, E.: *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, Madrid, 2012, pp. 65 y 66.

¹⁵ Memoria de la FGE 2013, p. 338, concretamente: la elaboración de un reglamento específico que de manera definitiva regule el régimen de internamiento de los extranjeros sometidos a expedientes de devolución o expulsión según las exigencias establecidas por la disposición adicional Tercera de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

¹⁶ RODRIGUEZ YAGÜE, C.: “El sistema penal y sus políticas de arraigo-desarraigo ante la delincuencia de inmigrantes”, en *Los Actores de las Políticas Sociales en Contextos de Transformación. III Congreso Anual de la REPS*, p. 2.

¹⁷ MARTÍNES ESCAMILLA, M.: *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis del CP*, Barcelona, 2007, p. 29.

¹⁸ RODRIGUEZ YAGÜE, C.: “El sistema...”, cit., p. 2.

todas las decisiones de esa naturaleza, pero sobre todo y por razones obvias, las de política penal¹⁹.

Prueba de ello es que el vertiginoso incremento en España de la inmigración ilegal y el sentimiento de inseguridad que caracteriza a las sociedades actuales es explotado por los gobiernos para la implementación de políticas de tolerancia cero que, bajo el pretexto de dotar de seguridad a la sociedad, no son más que medidas populistas para perpetuarse en el poder. En consonancia se construye el inmigrante irregular como categoría de riesgo –el enemigo- chivo expiatorio de todos los males de los que adolece la sociedad (paro, delincuencia) al que es necesario neutralizar a través de la inocuización, en lo que nos ocupa, la expulsión²⁰.

En efecto, el binomio inmigrante-inseguridad ciudadana hace que los Estados empleen cada vez más el Derecho Penal, tanto al inicio del periplo migratorio, criminalizando conductas de favorecimiento o apoyo a la inmigración clandestina, como al final del mismo, a través de la expulsión del territorio nacional del extranjero irregular tras la comisión de un hecho delictivo²¹. En esta cruzada, España no es una excepción. El ordenamiento jurídico-penal español reacciona frente a estos sujetos, o mejor dicho frente al grupo de los que no tienen residencia legal, con la medida de la expulsión, la cual opera no sólo de manera desigualitaria o desproporcional, sino restándole valor a la vigencia de la norma penal y, sobre todo, el desprecio de la víctima del delito y del bien jurídico protegido por el Derecho²².

Desde su inclusión en el Código Penal de 1995, se trata de una formulación hecha, sino con desprecio (a veces también), sí con ligereza respecto de las causas generadoras de contextos de exclusión y de los índices de cifras negras. Llegando a afirmarse por un sector de la doctrina que estamos ante un derecho penal del enemigo, categoría del Derecho que considera enemigo a todo aquel que ha huido de un modo duradero del Derecho, frente a quien la sociedad reacciona hasta el extremo de contraponer un Derecho para ciudadanos y un Derecho para enemigos²³; lo que siembra la duda acerca de la constitucionalidad de la expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España. Aunque el Tribunal Constitucional no ha llegado tan lejos, tampoco se puede silenciar que en reiteradas ocasiones ha manifestado la necesidad de motivación de la expulsión penal sobre la base de una ponderación de intereses en juego, entre los que habrá que tener en cuenta el arraigo del extranjero en España, la unificación familiar, el esfuerzo por reparar el daño

¹⁹ NAVARRO CARDOSO, F.: “Expulsión...”, cit., p. 158.

²⁰ TERRADILLOS BASOCO, J. M^a.: “Extranjería, inmigración y sistema penal, en Rodríguez Mesa, M^a. J. y Ruiz Rodríguez, L. R. (coords.), *Inmigración y sistema penal*, Valencia, 2006, pp. 63-65.

²¹ DE LUCAS, J.: Inmigración y globalización: acerca de los presupuestos de una política de inmigración, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, nº 1, 2003.p. 66.

²² SALINERO ECHEVARRÍA, S.: “La expulsión...”, cit., pp. 106 y 107.

²³ PORTILLA CONTRERAS, G.: “El Derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos, en Borja de Quiroga, J., Zugaldía Espinar, M. M. (coords.), *Dogmática y la ley penal, Libro-homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, 2004, p. 696.

causado o la voluntad del condenado de permanecer en nuestro país cumpliendo la pena impuesta (ATC 106/1997, de 17 de abril [RTC 1997\106] y STC 242/1994, de 20 de julio [RTC 1994\242])²⁴.

Quizá por ello las sucesivas reformas, en número de cinco en los últimos años, lo que pone de manifiesto el vértigo legislativo en esta materia. Cuando pensábamos que el año 2012 podría ser catalogado como año de consolidación de la importantísima reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 5/2010 en relación con las materias propias de esta especialidad (significadamente los artículos 89, 177 bis y 318 bis del Código Penal), nos encontramos que todos esos tipos delictivos e institutos penales pretenden ser revisados por el nuevo Proyecto de Reforma del Código Penal publicado en el BOCG el 4 de octubre de 2013, que se encuentra en fase de tramitación parlamentaria, que afecta a la sustitución de penas privativas de libertad por expulsión de extranjeros condenados en causa penal y en la configuración de los delitos de favorecimiento de la inmigración clandestina.

A pesar de ser una traba jurídica y social para el individuo, de ser calificada de sanción penal encubierta²⁵, paradójicamente las cosas no mejoran sino todo lo contrario: el futuro de la expulsión penal de inmigrantes irregulares no pasa por la eliminación de esta institución ni tampoco por su restrictiva aplicación sino que, con claros tintes regresivos, el legislador afronta una nueva modificación en esta materia.

Efectivamente, el legislador considera la sustitución una forma de suspensión y pese a la pobreza gramatical de la exposición, se trata de una declaración interesante para enjuiciar correctamente los nuevos textos²⁶. La actual sección 2ª, dedicada a la sustitución de las penas privativas de libertad, comprende un artículo 88 sobre la sustitución en general y un artículo 89 sobre la sustitución por la expulsión del territorio nacional cuando el penado fura extranjero. Con la reforma, esta sección pasaría a ocuparse de la libertad condicional (ahora objeto de la sección 3ª), de modo que la sustitución se incorporaría a la regulación de la suspensión de la ejecución. De acuerdo con el anteproyecto, el artículo 88 perdería su actual contenido, ubicándose allí – no sin importantes reformas- el hasta ahora contenido del artículo 89 (artículo derogado expresamente). Prescindiendo del cambio de numeración, se trataría de la quinta versión de este precepto, lo que revela hasta dónde llegan los titubeos del legislador en perjuicio de la más elemental seguridad jurídica²⁷.

Los cambios se encuentran en los tres primeros apartados, que contemplan la

²⁴ MORENO-TORRES HERRERA, Mª. R.: “La pena en la legislación penal española (I)”, en Zugaldía Espinar, J. Mª. (dir.), Moreno-Torres Herrera, Mª. R. (coord.), *Fundamentos de Derecho Penal Parte General Incorpora la LO 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal*, Valencia, 2010, p. 510.

²⁵ Como es el caso de MONCLUS MASÓ, M.: “La expulsión...”, cit., p. 1.

²⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica. De la suspensión de la ejecución, de la sustitución de las penas y de la libertad condicional”, en *Diario La Ley*, nº 7991, 2012, p. 1.

²⁷ *Ibidem*, p. 12.

sustitución misma y sus requisitos, mientras que los restantes reproducen las actuales previsiones para su desarrollo y posibles incidencias en el cumplimiento. En 4 se incluye un régimen específico para los ciudadanos comunitarios y en los nuevos apartados 5, 6, 7, 8 se corresponderían aunque no literalmente, previsiones contenidas en los distintos apartados del todavía vigente artículo 89. Al margen de la redacción, también el nuevo apartado 8 coincidiría en buena parte con el ahora apartado 7 al excluir la sustitución en los delitos de los artículos 312, 313 y 318 bis e introduce el del artículo 117 bis (trata de seres humanos), en el catálogo de delitos que no permiten la sustitución de la misma por la expulsión.

En este contexto, es obvio que el legislador, una vez más, hace caso omiso a las voces que reclamaban el destierro penal de esta institución, y el Proyecto de Reforma del Código Penal continúa regulando una fórmula que, como advierten Orts Berenguer y González Cussac, es muy criticada por su descarnado pragmatismo, así como por su discutible limitación de garantías constitucionales²⁸.

En lo que concierne a la sustitución de las medidas de seguridad impuestas a los extranjeros no residentes legalmente en España por expulsión a su país de origen (artículo 198 del Código Penal) se exige: a) que sea un no residente legal en España; b) que se le haya impuesto una o varias medidas de seguridad, pudiendo éstas ser de cualquier naturaleza -privativa o no de libertad- y duración²⁹. Regulación que permanece inalterada en el nuevo Proyecto de Reforma del Código Penal.

II. NATURALEZA

La expulsión de extranjeros, conceptualizada como una salida coactiva del territorio nacional acompañada de la prohibición temporal de entrada en él³⁰, además de ser la sanción administrativa de más frecuente aplicación en relación con las conductas

²⁸ ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 2ª Edición actualizada conforme a la LO 5/2010, Valencia, 2010, p. 322.

²⁹ BENITO LÓPEZ, R.: "Instituciones individualizadoras y sustitutivos de las penas privativas de libertad", en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Práctico*, Madrid, 2011, cit. 503.

³⁰ A este respecto TORRES FERNÁNDEZ, E.: *La expulsión...*, cit., pp., 25 y 26, señala que por el tipo de norma que sirve a su imposición, la expulsión será una consecuencia jurídica de Derecho administrativo, cuando esté prevista en una norma de esta clase, y sea aplicable en ese caso por autoridades administrativas. Es la modalidad de expulsión mencionada en el artículo 28.3 b) de la LOEX como "expulsión acordada por resolución administrativa en los casos previstos en la presente Ley". De administrativos se califican todos los supuestos de expulsión del artículo 57 de la LOEX, como consecuencia prevista para las infracciones graves y muy graves de los artículos 53 y 54 de la LOEX, cuando sean realizadas por extranjeros. Expulsión que se configura como una alternativa a la multa, en atención al principio de proporcionalidad, como señala el artículo 57.1 de la LOEX. Como consecuencia de Derecho Penal, su imposición viene establecida en una norma penal, cuya aplicación es de exclusiva atribución a los órganos jurisdiccionales en virtud del artículo 3.1 del Código Penal que consagra la garantía jurisdiccional por la cual no podrá ejecutarse ninguna consecuencia (pena ni medida de seguridad), sino en virtud de sentencia judicial firme dictada por el Juez o Tribunal competente. Es la expulsión a la que hace referencia el artículo 28.3 a) de la LOEX descrita como "expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal". Y es la prevista en los artículos 89 y 108 del Código Penal.

de inmigración ilegal para múltiples supuestos, se convirtió en una medida de carácter penal a partir de la Ley de Extranjería de 1985 y se incluyó, posteriormente, en el Código Penal de 1995³¹.

Sin embargo, por más que se ahonde en esta cuestión, no son fáciles de adivinar las razones de política criminal que mueven al legislador, en aquellas ocasiones en que el delincuente es un inmigrante ilegal, a adoptar su inmediata expulsión frente al efectivo cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Al margen de aquellas opiniones que sitúan la razón de ser de esta medida en la dificultad de reinserción que tienen los inmigrantes irregulares por carecer de arraigo en España; o en su instrumentalización de cara a seleccionar la inmigración³²; las dos corrientes mayoritarias son, por una parte, aquella que responde a una opción político-criminal en la que prima una política de extranjería que quiere evitar que puedan permanecer en España o regresar a este país quienes no reúnen los requisitos legalmente previstos para residir legalmente en él; así, invocando razones de prevención general para defender esta medida, argumentan que lo que pretende la misma es evitar que el cumplimiento de la pena sirva para que un sujeto se mantenga en el territorio³³. No obstante, subrayan Cancio Meliá y Maraver, que los que contemplan la expulsión como forma de evitar la comisión de delitos con la finalidad de permanecer en el país deberían probar con datos empíricos y serios que, efectivamente, esta realidad existe de hecho³⁴; por otra, aquellos que apelan más a razones de política penitenciaria –desmasificar los centros penitenciarios– que de política criminal orientada a la consecución de un efecto preventivo general³⁵. Señala Ortiz González que cualquier valoración que se haga en estos momentos de la situación penitenciaria en España, requiere inevitablemente el hacer referencia al número de personas extranjeras privadas de libertad. De los 23.564 en el mes de marzo del año 2008, es decir, el 34,6% de las personas presas, se ha pasado a 20.926 a principios de 2014, lo que implica una representación del 31,41% del

³¹ MIRÓ LLINARES, F.: “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España ¿protección o exclusión penal del inmigrante?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2008, núm. 10, p. 22.

³² Sin embargo, TERRADILLOS BASOCO, J.: “Extranjería...”, cit., p. 64, advierte que desconocer que el principio de reinserción no puede ceder ante la ideología de la segregación es situarse contra el orden constitucional.

³³ Pero como subraya CANCIO MELIÁ, N. y MARAVER GÓMEZ, M.: “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en Bacigalupo, S y Cancio Meliá., M. (coords.) *Derecho Penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 386, la argumentación no se sostiene, fundamentalmente por el hecho de que la comisión de un delito puede implicar siempre la aplicación de la medida administrativa de expulsión cuando se termine de cumplir la pena.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ LAURENZO COPELLO, P.: “Últimas reformas en el Derecho Penal de extranjeros. Un nuevo paso en política de extranjería”, en *Jueces para la democracia*, N°50, 2004, p. 30, entiende que se trata de una medida que, puestos a pensar mal, parece destinada a ofrecer un instrumento más a Instituciones Penitenciarias para reducir la alta población extranjera en prisiones españolas.

total de la población reclusa en España³⁶. En realidad pone de manifiesto la gran incidencia que dentro del sistema penitenciario español tiene en este momento el fenómeno de la extranjería y da lugar a importantes reflexiones acerca de cómo se relaciona el derecho penal y penitenciario con la normativa en la que se regula la extranjería, y en qué medida se está produciendo la reeducación y reinserción social de los penados extranjeros que se encuentran en las prisiones españolas³⁷. Pero el alegato de la sobrerrepresentación carcelaria de los extranjeros, la necesidad de gestionar la masificación que sufren en la actualidad las prisiones y minimizar el efecto del aumento del porcentaje de inmigrantes entre la población española³⁸, no es suficiente para excluir de la sanción penal y sus garantías a los inmigrantes ilegales como si se tratara de otra categoría de personas.

En cualquier caso, como se acaba de comprobar, la doctrina no se pone de acuerdo, y esta amalgama de explicaciones no hace sino abonar la duda acerca de la verdadera naturaleza de la expulsión penal. La versatilidad de la noción de privación o restricción de derechos, derivada de la caracterización de la expulsión por el Tribunal Constitucional en las SSTC 242/1994, de 20 de julio de 20 de julio [RTC 1994\242] y 203/1997, de 25 de noviembre [RTC 1997\203], ha determinado que las posiciones en torno a su naturaleza jurídica, cuando se prevé como sustitutiva de las penas privativas de libertad inferiores a seis años en el artículo 89.1, sea tan variada como permite su contenido³⁹. Así se ha sostenido su naturaleza de pena, de medida de seguridad o, evitando la mayor carga de connotaciones propias de esas opciones, y que obliga a exigir en su imposición la observancia de una serie de presupuestos, la más neutra de consecuencia penal que es impuesta directamente por el juez sin necesidad de ningún trámite administrativo⁴⁰.

Se podría pensar que la expulsión tiene su precedente en la pena de extrañamiento del artículo 86 del antiguo Código Penal Texto Refundido de 1973. Sin embargo, Izquierdo Escudero puntualizaba que la pena no es la expulsión sino la prohibición de regresar al país por un determinado lapso de tiempo. Así la expulsión es el medio de ejecución de la verdadera pena: la privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos⁴¹. Señalándose que los efectos de la expul-

³⁶ Datos estadísticos obtenidos de Instituciones Penitenciarias. Recurso electrónico disponible en: www.institucionpenitenciaria.es

³⁷ ORTIZ GONZÁLEZ, A. L.: "Prisión, extranjería, reeducación y reinserción: realidades difíciles de hacer compatibles. (Comentario sobre el Acuerdo del Consejo de Ministro de 1 de julio de 2005, relativo al procedimiento para autorizar actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional)", en *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, N° 16, p. 24.

³⁸ Argumento criticado por ASÚA BATARRITA, A.: "La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas del control de la inmigración", en Lauro Copello, P. (coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002, p. 55.

³⁹ TORRES FERNÁNDEZ, E.: La expulsión..., cit., p. 62

⁴⁰ GONZÁLEZ CAMPO, E.: "La expulsión del extranjero como sustitutivo penal en la reforma del Código Penal y en la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre", en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, n°4, 2003, p. 501.

⁴¹ IZQUIERDO ESCUDERO, F. J.: "Naturaleza jurídica de las sustitución prevista en el artículo 89 del

sión “son similares aunque multiplicados en su dimensión” a esa pena⁴². Pero conviene recordar que la consecuencia de la expulsión es la salida del territorio español y del denominado espacio Schengen⁴³ y la prohibición de ingresar en los mismos. Es por ello que la amplitud del espacio en el que rige la prohibición de entrada no se ajusta los estrechos límites de la prohibición de residir o acudir a determinados lugares, que exigen una mayor concreción de los espacios a los que se restringe el acceso, generalmente relacionados con la comisión del delito, la residencia de las víctimas o testigos, o con condiciones o circunstancias favorables a una nueva actuación delictiva del condenado. Además, como advierte Molina Fernández la expulsión de extranjeros no es una pena al no estar incluida en el catálogo del artículo 33 sino más bien una forma de ejecución de la pena privativa de libertad, por lo que para aplicar las garantías procesales vinculadas a las penas, como la LECr artículo 793.1, que atiende a la duración de la pena para admitir o no la celebración del juicio oral en ausencia de acusado, no debe tenerse en cuenta la duración de la expulsión, sino de la pena privativa de libertad que se sustituye⁴⁴

Otro sector de la doctrina, con un criterio sistemático y puramente formal, alega que la ausencia de su mención en el catálogo de penas y su inclusión en el elenco de medidas no privativas de libertad del artículo 96.3.2º del Código Penal, obliga a entender que la expulsión prevista en el Código Penal, es, en todo caso, una medida de seguridad⁴⁵. Así la definió también el Tribunal Supremo en Sentencia 901/2004, de 8 de julio [RJ 2004\4291]; aunque, como apunta Almeida Herrero, también se le puede objetar que pese a la redacción paralela del artículo 108 del mismo cuerpo legal, no se puede deducir ni los presupuestos necesarios para su imposición ni la finalidad que éstas deben cumplir⁴⁶.

Por otra parte, Torres Fernández afirma que por su efecto principal, de evitar el ingreso en prisión del sujeto a quien se expulsa, no desentona su ubicación en el catálogo de instituciones que el Código Penal introduce como reflejo de la corriente política criminal de las alternativas a la prisión, definida por la búsqueda de instru-

Código Penal: comentario al auto del Tribunal Constitucional 106/1997, de 17 de abril”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 5 (1997), pp. 1862.

⁴² RODRÍGUEZ-RAMOS LADAIIRA, G.: “Comentario al artículo 89 del Código Penal”, en Rodríguez-Ramos, L. (dir.), Martínez Guerra, A. (coord^a), *Código Penal Comentado*, Madrid, 2010, p. 517.

⁴³ La Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, establece el reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

⁴⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Penas privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa”, en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Práctico*, Madrid, 2011, p. 418. Añade el autor que por ello, la expulsión puede ser tanto medida de seguridad como otra cosa, y la alternativa no puede ser otra que la pena, ya no es una consecuencia accesoria ni, desde luego, responsabilidad civil. Añade el autor que Las medidas se reservan para personas inimputables o semiimputables –salvo la libertad vigilada–, mientras que las penas se aplican a personas responsables, como aquellos extranjeros a los que se les sustituye la pena privativa de libertad que les correspondería.

⁴⁵ TORRES FERNÁNDEZ, E.: *La expulsión...*, cit., p. 67.

⁴⁶ ALMEIDA HERRERO, C.: “Pena de prisión y extranjería: algunas especialidades legislativas”, en *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, Nº 16, p. 9.

mentos de reacción penal, que sin renuncia a los objetivos de protección de la sociedad, logren esa finalidad con el menor coste personal del infractor, evitando los efectos nocivos del ingreso en prisión, sobre la base de las exigencias de prevención especial⁴⁷. Sin embargo, calificarla de “beneficio penitenciario” cuando impide que se cumplan los fines de reeducación y reinserción de las penas en los casos de delitos cometidos por extranjeros, que se convierten, así, en ciudadanos de tercera, es más que cuestionable⁴⁸. Por consiguiente, ex ante no hay medios para saber si la expulsión supondrá un privilegio o un mal al extranjero irregular que delinque. Posiblemente porque como sugiere con acierto Cancio Meliá, la expulsión penal presenta una clara “ambivalencia aflictiva”, dependiendo de las circunstancias individuales del sujeto⁴⁹.

En efecto, la expulsión especialmente revestirá un doble carácter o será de naturaleza ambigua para el caso concreto y cognitivo del penado. Según desde donde se mire, podrá ser una suspensión condicional de la pena o una retribución en sentido clásico. Cuando tiene un componente de beneficio para el penado, como ocurre por ejemplo en el caso que sea el propio extranjero quien solicita la expulsión, será una suspensión condicional de la pena. La condición a la cual queda sujeto el extranjero es la de no regresar al país que lo expulsa en un determinado plazo. Por otro lado, la expulsión será una mera retribución cuando tenga un componente aflictivo para el penado, como cuando el penado viene de un país en guerra civil o de una precariedad o pobreza extrema. En este caso, nos referimos a una retribución en el sentido tradicional, donde no hay ni puede existir reeducación ni reinserción social del condenado, solo un castigo⁵⁰. El Tribunal Constitucional en Sentencia 203/1997, de 25 de noviembre [RTC 1997\203], considera la “la expulsión en unas ocasiones, una medida restrictiva de derechos y en otras como un beneficio según se impusiera contra la voluntad del reo o a petición del mismo en sentencia, lo que determina la esquizofrenia jurídica que afectaba y afecta a la institución”. Medida que además parece dar un mensaje tan claro como poco deseado, desde una perspectiva de prevención general, a un determinado tipo de inmigrantes como el relacionado con

⁴⁷ TORRES FERNÁNDEZ, E.: *La expulsión...*, cit., pp. 61 y 62.

⁴⁸ Vid. CORCOY BIDASOLO, M.: “Sistema de penas y líneas político-criminales de las últimas reformas del Código Penal. ¿Tiende el Derecho Penal hacia un Derecho Penal de dos velocidades?”, en Cancio Meliá, M. y Gómez-Jara Díez, C. (coords.), *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. I, 2006, pp. 392 y ss.

⁴⁹ CANCIO MELIÁ, M.: “La expulsión...”, cit., p. 15. En este sentido, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal Parte General*, Valencia, 2010, p. 577, advierten que lo que realmente se plantea es si las razones que justifican el cumplimiento en España deben basarse en el interés del Estado o en el del condenado. En lo primero se incluyen casos de delincuentes que cambian frecuentemente de país (por ejemplo, en delitos de narcotráfico), para quienes la expulsión supone un beneficio y una burla de la ley española. Pero también hay casos en que el condenado puede estar interesado en cumplir la pena en España (arraigo, circunstancias familiares, riesgos humanitarios de regreso al país de origen, etc.).

⁵⁰ SALINERO ECHEVARRÍA, S.: “La expulsión...”, cit., pp. 124 y 125.

la delincuencia organizada, el de que la comisión de determinados delitos supondrá, a lo máximo, la devolución al país de origen⁵¹.

Puede afirmarse, pues, que la medida penal de expulsión tal y como está regulada en nuestro Código Penal, es causa de levantamiento de la pena cuya finalidad es excluir del sistema jurídico a una categoría de personas en este caso los inmigrantes delincuentes. Pero como afirma Miró Llinares sigue siendo posible y debe exigirse a los tribunales que ponderen la preferencia del legislador por la expulsión con las circunstancias que pueden hacer preferible el cumplimiento de la pena⁵². Y es que la sanción de expulsión no busca confirmar la vigencia de la norma, ni motivar al ciudadano a no realizar el comportamiento delictivo, ni trata de reintegrarlo de la sociedad en caso de desviarse del mandato (o prohibición), pretende tan solo excluir al no deseado, pues por más que como la finalidad de la sanción en el Derecho penal del enemigo debe ser la protección de la seguridad de los ciudadanos, difícilmente se puede sostener que con la expulsión se logre una mayor seguridad que con el cumplimiento de la pena y posterior expulsión administrativa⁵³.

En opinión de Salinero Echevarría, la expulsión es en general la renuncia al “ius puniendi” o a la posibilidad de ejecutar lo ejecutado frente a determinados individuos, es la no aplicación al caso concreto de la pena señalada por el legislador frente a la comisión de un delito. Además, esta renuncia al ius puniendi es absolutamente reprochable por la amplitud que puede alcanzar y el autor la critica en un triple sentido: a) en primer lugar, podría existir por parte de la judicatura una renuncia no sólo a la pena principal, sino también a la pena accesoria que no es meramente facultativa para el juez o tribunal, con la consiguiente infracción del principio de legalidad; b) la segunda es que se podría producir un descuido victimal: se prescinde completamente de los intereses de la víctima, y en especial, de su derecho a ser reparada a causa o como consecuencia del acto delictivo. Todo sin perjuicio de generar un efecto inverso de disuasión, donde sea la propia víctima la que se inhiba de denunciar el delito al observar que sus expectativas no son cubiertas por el Derecho Penal; c) la tercera crítica, en el plano de los fines de la pena, se fundamenta en la renuncia a la función protectora del Derecho penal, donde los diversos bienes jurídicos que deben ser valorados de manera distinta conforme a la importancia o preeminencia que la sociedad les ha dado (vida, libertad, etc.), son tratados de forma homogénea sin el distinguo que naturalmente deben tener⁵⁴.

⁵¹ CANCIO MELIÁ, M. y MARAVER GÓMEZ, M.: “El derecho...”, cit., p. 389.

⁵² MIRÓ LLINARES, F.: “Política...”, cit., p. 24.

⁵³ Vid. NAVARRO CARDOSO, F.: “Expulsión...”, cit., p. 158 y ss.

⁵⁴ SALINERO ECHEVARRÍA, S.: “La expulsión...”, cit., pp. 124 y 125. Señala el autor que la expulsión como renuncia a la pena puede producir una confusión terminológica entre dos instituciones absolutamente diferentes entre sí, como son la expulsión y la pena natural. En ambas se renuncia a la pena pero, pero su fundamento y finalidad son diversos. La pena natural no es otra cosa que la renuncia a la pena a causa del daño físico o moral grave del autor de un delito que haga desproporcionada la aplicación de una

Por otra parte, se trata de una figura muy discutible no solo por generar en el ciudadano respetuoso con la legalidad la pérdida de confianza en un sistema penal que permite la práctica impunidad para algunos infractores de delitos considerados socialmente graves e incentivar a ciudadanos de otros países a la comisión de un determinado delito⁵⁵, sino por su difícil articulación con los principios de igualdad, el de proporcionalidad y el de non bis in idem: En cuanto al principio de igualdad, el hecho de que se haya creado una sanción específica implica ya de entrada una seria e ilegítima conculcación del principio de igualdad. Por un lado, los nacionales españoles y los extranjeros con residencia legal pueden verse discriminados frente a los extranjeros ilegales por considerar que ante la comisión del mismo delito los primeros podrían cumplir pena de prisión y los segundos no. Por otro lado, los extranjeros irregulares podrían considerar que la expulsión es una medida más gravosa o desfavorable que la que les correspondería si fuesen españoles o residentes legales. La carga aflictiva de la expulsión no es uniforme, sino que se ve condicionada por factores como el delito cometido y la pena a imponer o las circunstancias personales del condenado⁵⁶. Asimismo, esas medidas son totalmente contrarias al respeto escrupuloso al principio de cumplimiento de las penas, que tanto preocupa al legislador como pone de manifiesto la exposición de Motivos de la Ley 11/2003; al mismo tiempo resulta palmaria la vulneración del principio de proporcionalidad de las penas. Así lo demuestra el hecho de que para delitos de muy diferente gravedad se imponga la misma medida de expulsión o que tras la expulsión se prohíba la entrada durante un período de 10 años en todo el territorio Schengen. Y a su vez, si se quebranta la prohibición de entrada se procederá nuevamente a la expulsión computándose de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad⁵⁷. Por último, nos encontramos con serios problemas respecto al principio non bis in idem, en el caso de la sustitución de condenas iguales o superiores a los seis años, pues el extranjero en estos casos, no solo cumplirá la pena sino que en el momento en que un reo español esté en condiciones de alcanzar la libertad (aunque condicional) comenzará a cumplir una segunda pena: su expulsión del territorio español⁵⁸.

Por otra parte, la sustitución de la pena por expulsión, en las penas privativas de

sanción. La expulsión obedece a razones de política de extranjería o de administración penitenciaria donde el legislador claramente no quiere que se refleje un trato beneficioso al penado.

⁵⁵ JUANETAY DORADO, C.: “La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro de las penas y los principios constitucionales del Derecho Penal”, en *La Ley Penal*, nº 9, 2004, p. 9.

⁵⁶ ASÚA BATARRITA, A.: “La expulsión...”, cit., p. 96.

⁵⁷ SOUTO GARCÍA, E. M^a.: “Algunas notas sobre la función del Derecho Penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión”, en Faraldo Cabana P., Puente Aba, L. M^a. y Souto García, E. M^a. (coords.), *Derecho de Excepción, Terrorismo e Inmigración*, Valencia 2007, 304.

⁵⁸ Señala LAURENZO COPELLO, P.: “Últimas...”, cit., p. 30, a propósito de la redacción dada al artículo 89 por la Ley 11/2003, que la idea de deshacerse a toda costa de los extranjeros infractores de la ley penal explica que la expulsión obligatoria se extienda a los condenados a penas superiores a seis años cuando han alcanzado el plazo para beneficiarse de la libertad condicional.

libertad una vez cumplidas las $\frac{3}{4}$ partes de la condena, no se debe confundir con la libertad condicional en el país de origen que se regula en el artículo 197 del Reglamento Penitenciario, pese a que ambas figuras precisan que el recluso extranjero tenga cumplida las $\frac{3}{4}$ partes de su condena. La sustitución de la pena por expulsión es un sustitutivo penal y será la autoridad judicial que le sentenció la competente para otorgarla en la propia sentencia (por lo tanto es una fecha concreta, independientemente de la clasificación penitenciaria que tenga). Esta expulsión conlleva, además, una prohibición de entrada de diez años, lo que la diferencia de la libertad condicional cumplida en el país de origen. A nuestro juicio esta figura no tienen un fin resocializador como lo tiene la libertad condicional sin que, en este caso, se esté primando la seguridad del Estado⁵⁹. La expulsión para cuando se alcance el régimen abierto o se haya cumplido las tres cuartas partes de la condena (necesarias para acceder a la libertad condicional), lo que ha sido criticado como discriminatorio porque, cuando ya se ha cumplido gran parte de la pena, el extranjero debería acceder a la libertad condicional en las mismas condiciones que los españoles. Por ello el artículo 89.5 deja también una puerta abierta a acordar el cumplimiento en España⁶⁰.

III. ÁMBITO SUBJETIVO

Los requisitos subjetivos para que opere la expulsión judicial decretada en un proceso penal están referidos a que el sujeto sancionado con esta consecuencia jurídico-penal debe reunir una calidad o estado especial: ser extranjero no residente legalmente en España⁶¹. Martínez Pardo se refiere a aquellos extranjeros que carecen de un permiso administrativo de residencia en territorio español⁶².

Para poder delimitar el concepto de residencia legal se hace preciso distinguir según que al ciudadano afectado le sea aplicable el régimen jurídico común de la extranjería regulado por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) o, por tratarse de ciudadanos nacionales de Estados Miembros de la Unión Europea o de países asimilados, 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

⁵⁹ ALMEDIDA HERRERO, C.: “Pena...”, cit., p. 9.

⁶⁰ MUÑOZ CONDE, F. y GARCIA ARÁN, M.: *Derecho...*, cit., p. 577.

⁶¹ SALINERO ECHEVARRÍA, S.: “La expulsión...”, cit., p. 115, en el análisis comparado de la expulsión del inmigrante ilegal en España y Chile señala que no sólo se produce una semejanza sistemática sino que es innegable el parecido de la estructura jurídica de la normas que la regulan, exigiendo en ambos casos que el sujeto objeto de la expulsión sea el inmigrante ilegal.

⁶² MARTÍNEZ PARDO, V. J.: “La expulsión de los extranjeros como sustitutiva de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad”, en *Revista de l’Institut d’Investigación en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, 2012, p. 37.

Europeo, que constituye la norma española de transposición de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004⁶³.

1. Extranjeros sin residencia legal: prueba de la residencia legal y momento

En efecto, prevé el Código Penal, para los extranjeros no residentes legalmente en España la pragmática posibilidad de sustitución de las “penas privativas de libertad impuestas” por la expulsión del territorio nacional⁶⁴. Esta calidad exigida al sujeto activo de la conducta punible es el único requisito subjetivo formal impuesto por el legislador español; como apunta Muñoz Lorente poco importa si es la primera vez que delinque, si es reo habitual o no, si está enfermo, si es un toxicómano o cuáles son sus circunstancias personales y familiares o, finalmente, cuál es el pronóstico de reinserción social que se deriva de su persona⁶⁵. Quedan pues excluidos de la aplicación de lo prevenido en el artículo 89 del Código Penal las personas que detentan la nacionalidad española (artículos 17 a 28 del Código Civil)⁶⁶.

Pero por otra parte, el término “extranjero no residente legalmente” acuñado por el legislador español no está definido en el texto punitivo de ahí que esta laguna penal no se pueda llenar al margen de la legislación administrativa sobre extranjería, máxime, cuando el artículo 89 del Código Penal tiene su origen histórico, casi de manera calcada, en esa legislación y responden ambas a una única y misma política criminal⁶⁷. Concretamente el artículo 1.1 de la LO 4/2000 identifica como extranjeros “a los que carezcan de la nacionalidad española”, si bien fue necesario que la Fiscalía General aclarara posteriormente que los extranjeros no residentes legalmente en España aquellos ciudadanos que, no teniendo la nacionalidad española ni comunitaria, carecen de la correspondiente autorización vigente de residencia otorgada por la autoridad administrativa competente conforme a la LO 4/2000, salvo que estén dispensados de obtenerla en virtud de la Ley o Tratado Internacional⁶⁸.

⁶³ Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, de 2 noviembre de 2011, p. 79.

⁶⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995”, en *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao, 2002, p. 15.

⁶⁵ MUÑOZ LORENTE, J.: “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del Código Penal tras su reforma por la ley orgánica 11/2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº extra 2, 2004, p. 435.

⁶⁶ BENITO LÓPEZ, R.: “Instituciones...”, cit., p. 502.

⁶⁷ SALINERO ECHEVARRÍA, J.: “La expulsión...”, cit., p. 133.

⁶⁸ Circular 5/2011..., cit., p. 79. Ya con anterioridad la Circular 2/2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, p. 7, se refería al extranjero residente como aquel se halle “en posesión de alguna de las autorizaciones administrativas o dispensado de la obligación de obtenerlas en virtud de tratado o de la ley ha de afrontar el cumplimiento de la condena en las mismas condiciones que el reo español, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 57.2 LOEX que autorizaría la incoación del expediente de expulsión si la condena ha sido por delito doloso que tenga señalada pena privativa de libertad superior a un año de duración”.

Se puede decir que estas leyes no definen literalmente al “extranjero no residente legalmente”, sino que más bien define a los residente legales, esto es, aquellos que no pueden ser expulsados judicialmente por la comisión de un delito, pero sí en forma administrativa⁶⁹. A estos efectos, la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, señala que, tras la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 llevada a cabo por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, se encuentra en situación de residencia legal en España aquellos extranjeros no comunitarios que sean titulares de cualquiera de los siguientes permisos siguientes en vigor: a) Autorizaciones de residencia temporales ordinarias. Otorgan al extranjero el permiso para permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años. Comprende dos modalidades: a) de residencia (artículos 25 bis.2 y 31.2 LOEX; y b) de residencia y trabajo (artículos 25 bis 2d), 31, 36, 37 y 38 LOEX)⁷⁰; b) Autorizaciones de residencia temporal excepcionales. No exigen el previo visado y son las que se pueden conceder por concurrir circunstancias relevantes como son el arraigo, razones humanitarias, colaboración con la Justicia u otra circunstancia excepcional que se determine reglamentariamente (artículo 31.3 LOEX); c) Autorizaciones provisionales de residencia. Son las otorgadas sin fijar su duración al estar condicionadas al cumplimiento de otras condiciones⁷¹; d) Autorizaciones de residencia de larga duración. Otorgan al extranjero el permiso para permanecer en España por tiempo indefinido en las mismas condiciones que los españoles (artículo 32 LOEX).

En consecuencia, los ciudadanos extranjeros sometidos al régimen común de la LO 4/2000 que pueden ser expulsados al amparo del artículo 89 del Código Penal por carecer de permiso de residencia, son: a) cualquier ciudadano extranjero que se hubiera introducido en territorio nacional de manera subrepticia o fraudulenta al margen de los controles establecidos por las autoridades incumpliendo con los requisitos y formalidades previstas en los artículos 25 y siguientes de la LO 4/2000

⁶⁹ MARTÍNEZ PARDO, V. J.: “La expulsión...”, cit., p. 38.

⁷⁰ MUÑOZ LORENTE, J.: “La expulsión...”, cit., p. 464, señala que es obvio indicar que aquellos sujetos que se encuentran en España en situación de estancia o residencia ilegal –por haber transcurrido los 90 días de estancia legal o por haber entrado de manera clandestina–, también serán susceptibles de expulsión como ocurre habitualmente en los casos de inmigrantes ilegales que carezcan de permiso o residencia o que hayan entrado en España sin visado, sin hacerlo a través de los puestos habilitados al efecto (por ejemplo, los caos de inmigrantes que arriban a territorio español en pateras) o que carezcan de cualquier clase e documentación que acredite su identidad.

⁷¹ Participan de esta naturaleza: la autorización provisional de residencia a las mujeres víctimas de violencia de género mientras se tramita el procedimiento penal (artículo 31 bis LOEX); las concedidas a la víctimas, perjudicados o testigos de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad (artículo 59 LOEX); las reconocidas a las víctimas de trata de seres humanos en tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales (artículo 59.4 bis LOEX); las autorizaciones de permanencia provisional otorgadas a los que hubiesen presentado solicitud de reconocimiento de apatridia (artículo 5 Real Decreto 865/2001, de 20 de julio y artículo 34.1 LOEX); y las que corresponden a aquellos extranjeros que hayan prestado solicitud de asilo (artículo 18.1 c) de la Ley 12/2009 y artículo 34 LOEX) o protección subsidiaria (artículo 19.1 de la Ley 12/2009 y artículo 34 LOEX) hasta que se resuelva sobre la misma o no sea admitida.

(ciudadanos extranjeros en situación de irregularidad); b) los que solo tuvieran reconocido un derecho de tránsito; c) los que fueran titulares de un permiso de estancia (permanencia en territorio español por un periodo de tiempo no superior a 90 días); d) los que teniendo inicialmente autorizada su permanencia en territorio nacional a título de residencia hubieran perdido su derecho por cualquiera de las causas previstas en la Ley, ya sea por no haber obtenido la correspondiente prórroga, haber caducado su derecho o por haber sido debidamente expulsados judicial o administrativamente⁷². Sin que a estos efectos la simple solicitud de autorización torne en legal la estancia irregular (Sentencia de la Audiencia Penal de Ciudad Real 43/2014, de 10 de abril [JUR 2014\149490]).

No obstante, a pesar de que algunos sectores proponían que la expulsión pudiese ser un sustitutivo aplicable a los extranjeros con residencia regular, siempre que se tratase de penas menos graves privativas de libertad y que se contase con su consentimiento⁷³, de los pocos presupuestos del artículo 89 del Código Penal que permanece inalterable tras la reforma de 2010 es el relativo al ámbito subjetivo de aplicación: tanto la expulsión sustitutiva de la condena en su integridad (artículo 89.1 del Código Penal) como la parcial (artículo 89.5) solo pueden ser impuestas a los extranjeros que carecen de un permiso administrativo de residencia en territorio español. Sin embargo, esta sugerencia de ampliación de los sujetos afectados no ha sido atendida hasta que por primera vez, el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de de 16 de julio de 2012, omite, de otro lado, la actual aplicación exclusiva a quienes no residan legalmente en España.

Previsión que se mantiene en el texto del Proyecto de Reforma del Código Penal, que extiende la sustitución de la pena de prisión de más de un año por expulsión del territorio español a los extranjeros con residencia legal, lo que supone una vuelta de tuerca en la consideración de las personas extranjeras como ciudadanos de segunda, a los que se ha de aplicar una ley especial con independencia de su estatus jurídico (con o sin autorización de residencia), ninguneando los esfuerzos de integración y las penalidades administrativas que durante años han tenido que sufrir para obtener su residencia legal⁷⁴. Se podría decir que el nuevo Proyecto de

⁷² MARTÍNEZ PARDO, V. J.: “La expulsión...”, cit., p. 39. Señala el autor que se puede plantear el problema de la aplicabilidad del precepto a los extranjeros en tránsito, sin vocación de establecer su residencia en España. Debe tenerse presente que conforme al artículo 29.9 de la LO 2/2000, las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante el pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda. En todo caso, como presupuesto de la decisión de sustituir la pena por la expulsión debe constatararse la falta de residencia legal.

⁷³ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, Valencia, 1998, p. 50. En su propuesta de 1998 el Grupo introducía la posibilidad de la medida sustitutiva respecto del extranjero residente legal y su fundamentación residía en que, en delitos de moderada gravedad, las necesidades preventivo-generales y preventivo-especiales se satisfacen igualmente con la expulsión del extranjero durante un cierto tiempo.

⁷⁴ GÁMIZ, M. y VALDERRAMA, J.: “El proyecto de reforma del Código Penal. La sustitución de las penas por expulsión a los extranjeros residentes”, diciembre 2013, p. 1. Recurso electrónico disponible en: <http://www.pensamientocritico.org/mangam1213.htm>

Reforma del Código obedece a una nueva orientación político-criminal, al pretender que el proceso penal se convierta en un vehículo para las políticas de extranjería, y rompe con el principio de “igualdad de trato” ante unos mismos hechos delictivos, dado que el “extranjero”, con independencia de su situación administrativa, se enfrenta a unas consecuencias cualitativamente distintas que el resto de ciudadanos “nacionales”⁷⁵. Pero la ausencia de cualquier alusión en la Exposición de Motivos a este tema impide conocer las razones de este sustancial cambio que se propone. Sólo el debate parlamentario podrá dar luz a una cuestión tan trascendental⁷⁶.

En cualquier caso hay dos cuestiones ineludibles: de una parte es unánimemente aceptado que la situación de residencia legal, cualquiera que sea su modalidad, exige un acto formal de reconocimiento del derecho -autorización o permiso- dictado por la autoridad gubernativa competente tras el correspondiente procedimiento administrativo que da lugar a la expedición de la Tarjeta de Identidad de Extranjero acreditativa, entre otros aspectos, de la situación del extranjero en España (artículo 210.2 REX); documentación que los extranjeros tienen el derecho y el deber de conservar mientras se hallen en territorio español⁷⁷; de otra, lo que sí se ha discutido, sin embargo, es el momento procesal de valoración de la situación administrativa de la ilegalidad de la residencia del extranjero; si bien se ha impuesto el momento en el que debe acordarse la medida de expulsión, es decir en la fecha en que se celebra el juicio, o si se ha diferido a la fase de ejecución, el momento de dictarse el correspondiente auto, dado que la ley no exige que sea el de comisión del delito. El fundamento de este criterio reside en que no se trata de una pena sino de una medida de seguridad y en consecuencia deben tenerse en cuenta las posibles modificaciones de su situación administrativa y personal que se hayan producido desde que cometió el delito (Sentencia del Tribunal Supremo 792/2008, de 4 de diciembre [RJ 2008\7284])⁷⁸. Especialmente en casos en que entre la decisión en sentencia y la efectiva ejecución (una vez cumplidas las $\frac{3}{4}$ partes de la condena) puede mediar un largo lapso de tiempo en el que pueden sobrevenir circunstancias que varíen sustancialmente los factores que se tuvieron en cuenta para adoptar la decisión tal y

⁷⁵ COMAS D'ARGEMIR, M., SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C. y NAVARRO, E.: “Sustitución de la pena por expulsión: principio de proporcionalidad, audiencia del acusado y del penado, distintas fases procesales (artículo 89 CP), en Jornadas de la comisión penal de jueces para la democracia, Valencia, 2012, pp. 23 y 24, advierten que la ausencia de cualquier alusión en la Exposición de Motivos a este tema impide conocer las razones de este sustancial cambio que se propone. Sólo el debate parlamentario podrá dar luz a una cuestión tan trascendental.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Circular 5/2011..., cit., p. 81.

⁷⁸ De esta opinión, COMAS D'ARGEMIR, M., SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C. y NAVARRO, E.: “Sustitución...”, cit., p. 5; MARTÍNEZ PARDO, V. J.: “La expulsión...”, cit., p. 40. Es también el criterio que se sustenta en la circular de la Fiscalía nº5/2011 de Criterios para la Unidad de Actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Extranjería e Inmigración, cuando señala que la falta de autorización de residencia es un requisito que se exige para el instante de dictarse la sentencia o, en su caso, posteriormente si se ha realizado mediante auto durante la ejecutoria (artículo 89.1 párrafo segundo).

como refiere el Tribunal Supremo en Sentencia 918/2012, de 10 de octubre [RJ 2013\1435]. Aunque no siempre se entendió así, el propio Tribunal Constitucional ha establecido que “las afirmaciones de la demanda en el sentido de que, en el momento actual, el actor desarrolla un trabajo remunerado y convive con una española son irrelevantes. Se refieran a un momento muy posterior al que fue tenido en cuenta para decidir su expulsión de España, y ni siquiera han podido ser aportados y apreciados por la sala contencioso-administrativa” (ATC 331/1997, de 3 de octubre [RTC 1997\331] y en el mismo sentido la SAP de Castellón 58/2006, de 7 de febrero [ARP 2006\218]).

2. Ciudadanos de la Unión Europea y asimilados

Respecto de los Extranjeros pertenecientes a la Unión Europea, a no ser que se modifique la legislación vigente, les es de aplicación el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que confiere a todos sus ciudadanos un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros. Pero este derecho no es absoluto y está sometido a las limitaciones, por razones objetivas de orden público o de seguridad pública (interna o externa), contenidas en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo que, en España, han sido acogidas por el Real Decreto 240/2007⁷⁹.

Sin embargo, este tratamiento privilegiado del comunitario sufre un viraje radical en el Proyecto de Reforma del Código Penal con una sorprendente previsión subjetiva en el nuevo artículo 88. Conforme a la redacción de su apartado 1 la expulsión se aplicará al ciudadano extranjero, sin mayor concreción, suprimiendo así el inciso del actual artículo 89.1 del Código Penal que restringe la norma al no residente legalmente en España: tan sucinta variación del tenor de la norma permitirá la expulsión judicial de extranjeros que dispongan de autorización de residencia en España en cualquiera de las modalidades previstas en la normativa sectorial, de los ciudadanos de los restantes Estados Miembros de la Unión Europea, de los familiares de éstos y de todos los demás extranjeros que están dispensado de obtener autorización de residencia.

Esta previsión fue duramente criticada por el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de reforma de 16 de julio de 2012, por entender que lo más conveniente es excluir del ámbito de la expulsión judicial a los ciudadanos comunitarios

⁷⁹ Como recuerdan COMAS D'ARGEMIR, M., SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C. y NAVARRO, E.: “Sustitución...”, cit., pp. 23 y 24, según los artículos 27 y 33 de la Directiva y artículo 15.1 del Real Decreto 240/2007, un extranjero de la Unión puede ser expulsado si existen razones graves de orden público o seguridad pública, afirmación a todas luces infundada por desproporcionada. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido delimitando determinados delitos que podrían autorizar la expulsión judicial penal fundada en esos preceptos de la Directiva, en concreto se ha referido al delito de tráfico de estupefacientes realizado por bandas organizadas [STUE 23/11/2010, Tsakouridis (C-145/2009)].

y sus familiares, dejando en manos de la autoridad gubernativa competente la tramitación de aquellos expedientes sancionadores que conforme a la norma de transposición de la anterior Directiva, el RD 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, pueden fundarse en la infracción de su artículo 15. A lo que añade que para que el artículo 88 fuera respetuoso con los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión Europea debería establecer un régimen perfectamente diferenciado de la expulsión sustitutiva penal según que los afectados fueran comunitarios o no, y dentro de los primeros, debería distinguir entre quienes sean residentes de larga duración y los que no lo fueran.

Y parece que el legislador no hizo oídos sordos a estas reivindicaciones pues si bien sigue manteniendo en el número 1 del artículo 88 de Proyecto de Reforma la expresión “ciudadanos extranjeros”, introduce un segundo apartado en el número 4 en el que prescribe que “la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales”. Pero la previsión no acaba aquí, sino que prescribe que “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 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 criminal⁸⁰”.

En definitiva, todo apunta a que la legítima opción del Estado a renunciar a ejecutar una pena impuesta a un extranjero, parece ajustada cuando legalmente se circunscriba a aquellos individuos que carecen de vínculos relevantes con la sociedad española (extranjeros en tránsito, con meros permisos de estancia, en situación irregular por dejación voluntaria o mera desidia –caducidad del permiso- o llegados de manera fraudulenta o subrepticia) y, en todo caso, cuando sea escrupulosamente

⁸⁰ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 12 de julio de 2012, p. 64, considera que la delimitación que efectúa el vigente artículo 89 del Código Penal “extranjeros no residentes legalmente en España” no sólo es la que más se adecua a los principios reguladores del derecho de extranjería (LOEX) sino también a los principios que deben presidir la posibilidad de suspender la potestad de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello (STC 242/1994, de 20 de julio [RTC 1994\242]).

En efecto, puede afirmarse que el vigente artículo 89 del Código Penal, al limitar la expulsión sustitutiva penal a los extranjeros sin permiso de residencia, no sólo está recogiendo a nivel legal el principio de proporcionalidad que debe presidir toda esta materia de manera congruente con las disposiciones de la LOEX sino también está optando por la solución sencilla que comprenda la concurrencia de distintos regímenes jurídicos según las diferentes categorías de extranjeros.

respetuosa con los compromisos asumidos por España derivado del Derecho Internacional o del Derecho de la Unión Europea.

Por todo ello tiene pleno sentido que sólo en los supuestos de falta de permiso de residencia se deposite en la jurisdicción la responsabilidad de aceptar la excepción de la aplicación de la expulsión por concurrir arraigo u otra circunstancia personal (esto es, valoración de la proporcionalidad de la medida) que necesariamente exige un análisis exclusivamente circunstancial y caso a caso (cuestión de equidad o justicia del caso concreto)⁸¹.

IV. ÁMBITO OBJETIVO

En el supuesto de sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión a su país de origen, aplicable a los extranjeros no residentes legítimamente en España, la legislación distingue dos supuestos⁸²:

1. Sustitución íntegra de la pena

La regla general para el imputado extranjero no residente legalmente en España es que la pena privativa de libertad inferior a seis años se sustituye íntegramente por la expulsión del territorio nacional (artículo 89.1 del Código Penal). De conformidad con el Derecho vigente, dicha sustitución sólo tiene lugar cuando concurre un doble presupuesto: que se trate de pena privativa de libertad y que su duración se igual o inferior a 6 años: a) de entrada, cuando se habla de penas privativas de libertad, sin duda, se hace referencia a las previstas en el artículo 35 del Código Penal: la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Aunque la inclusión de ésta última ha sido, sin embargo, más debatida: de hecho, la doctrina de la Fiscalía General del Estado ha evolucionado en los últimos años sobre este particular, pues pasó del rechazo absoluto de la posibilidad de sustitución de la responsabilidad personal subsidiaria por expulsión, por entenderla discriminatoria en el plano económico (Circular de la Fiscalía 2/2006), a una postura más matizada que admite la sustitución en caso de reiteración de infracciones o cuando la infracción penal sea buscada como medio para burlar la efectividad de la legislación de extranjería (Circular 5/2011); b) en cuanto al límite de los seis años al que se refiere el tenor del precepto, se suscitaban algunas dudas: 1. La fijación de la pena determinante de la procedencia de la expulsión, aunque realmente resuelve la propia norma, que al utilizar la voz “pena impuesta”, se refiere a la pena concretamente aplicada al caso, independientemente de cuál sea

⁸¹ Informe del Consejo Fiscal..., cit., p. 68.

⁸² GRACIA MARTÍN, L. y ALATUEY DOBÓN, C.: “Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad”, en Gracia Martín, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2012, p. 144, señalan que en la expulsión existen dos posibilidades: que la pena privativa de libertad no se cumpla en absoluto en nuestro país y o que se cumpla en España sólo parcialmente.

la pena con que esté sancionado el delito en abstracto⁸³. Afirmación refrendada por el Tribunal Supremo en Sentencia 530/2008, de 19 de junio [JUR 2008\211161], más recientemente por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 187/2014, de 11 de febrero [JUR 2014\99277], y por la propia Fiscalía General del Estado cuando subraya que aunque la pena señalada para el delito fuera superior al límite de los seis años, cabe la expulsión cuando, ya como consecuencia de la concurrencia de eximentes, circunstancias modificativas, grados de ejecución o de participación, ya como consecuencia del arbitrio judicial autorizado por las reglas penológicas, se impusiera una pena inferior a aquél límite⁸⁴. Además, se aplica con independencia de la gravedad del delito, sea éste más o menos grave, siendo totalmente plausible de aplicar a condenas por una tentativa de homicidio, o de lesiones graves, o delitos violentos contra la libertad sexual⁸⁵; 2. También se ha planteado la cuestión de si cabe la sustitución en el caso de varias penas impuestas en una misma sentencia que si bien individualmente son inferiores a 6 años, sumadas superan dicho límite. Martínez Pardo invocando el tenor literal del artículo 89.1 “las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas (...)”, opta por exclusión de la sustitución cuando la suma de las penas impuestas excede de seis años⁸⁶. Sin embargo, para Sánchez García de Paz no se encuentra formalmente excluida pese a las dificultades prácticas de ejecución⁸⁷. Aunque, no obstante sí parece justificado que –según el número y gravedad de las penas impuestas– proceda en estos casos el cumplimiento parcial de la pena de prisión impuesta y la sustitución del último tramo de la condena por expulsión.

Sin embargo, también el Proyecto de Reforma del Código Penal introducen una novedad en este ámbito, por primera vez desde su inclusión en el texto punitivo, el apartado 1 del nuevo artículo 88 sienta como norma la sustitución imperativa de las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero por expulsión a su país de origen⁸⁸. Lo que unido al hecho de que la expulsión se hace exten-

⁸³ RODRÍGUEZ CANDELA, J. L.: “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”, en *Revista de Jueces para la Democracia*, nº33, 1998, pp. 57 a 70; en el mismo sentido, VELÁZQUEZ VIOQUE, D.: “Expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España”, en Ortiz de Urbina GIMENO, I. (coord.), *Memento Experto Reforma Penal 2010*, Madrid, 2010, p. 683.

⁸⁴ Circular 5/2011..., cit., p. 131.

⁸⁵ SALINERO ECHEVARRÍA, S.: “La expulsión...”, cit., pp. 125 y 126.

⁸⁶ MARTÍNEZ PARDO, V. J.: “La expulsión...”, cit., p. 36.

⁸⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: “Artículo 89”, en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, 2010, p. 402; en análogos términos VELÁZQUEZ VIOQUE, D.: “Expulsión...”, cit., p. 638.

⁸⁸ El artículo 88.1 del Proyecto de Reforma del Código Penal dispone: “Las penas privativas de libertad de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el Juez o Tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando aquel acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional”.

sible a cualquier extranjero ubicado en territorio español, hace que el cambio sea de 180 grados, puesto que hoy la sustitución, también preceptiva en su caso, se refiere a “las penas privativas de libertad inferiores a seis años” impuestas a extranjeros sin residencia legal, aunque la propia Exposición de Motivos hable de << (...) el límite de la pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión>>, siendo así que, como se dijo, la sustitución del nuevo artículo 88.1 sería imperativa.

Con la introducción de esta pena mínima de un año, el ámbito de aplicación del instituto de la expulsión sustitutiva de la reforma penal queda restringirlo a las penas de prisión, se destierran de la expulsión sustitutiva las demás penas privativas de libertad – y en particular, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y la localización permanente⁸⁹ – y las penas de prisión de un año o inferiores. Previsión que según el Consejo General del Poder Judicial no solo se ajusta al artículo 57.2 de la LOEX, sino de modo fundamental al principio de proporcionalidad⁹⁰.

Sin embargo, el Consejo Fiscal, interpretando este precepto, aconseja que la tramitación de este apartado en el Proyecto se vuelva al criterio vigente de que la expulsión puede abarcar cualquier pena privativa de libertad con el fin de abordar adecuadamente los casos en que la norma penal se utiliza como burladero para eludir el cumplimiento de la norma administrativa⁹¹; y porque es precisamente en el ámbito de los delitos de menor gravedad donde más justificada se halla la prevalencia de los fines de la política migratoria sobre los fines de política criminal. Piénsese que si la comisión de delitos de escasa entidad –delitos leves de hurto, p.e. conduce a la imposición de una pena de prisión inferior a un año, la comisión de infracciones penales puede convertirse –de hecho ya lo es- en un medio útil de eludir la aplicación de la normativa de extranjería al que podrán recurrir extranjeros en situación irregular.

De lo que no cabe duda es que si se aprobara el límite objetivo de aplicación de las condenas de más de un año de prisión no sólo que se va a reducir significativamente el número de expulsiones judiciales de extranjeros en situación de irregularidad, sino también va a provocar gravísimas disfunciones en relación con las expulsiones administrativas que exigen la autorización judicial del apartado séptimo del artículo 57 de la LOEX. Precisamente el efecto contrario al pretendido desde sus orígenes con esta institución⁹².

⁸⁹ Informe del Consejo Fiscal..., cit., p. 69, afirma que la exclusión de la localización permanente es irrelevante a efectos prácticos, dado que la reforma penal la elimina el elenco de penas leves, no la contempla como pena principal de ningún delito y la deja reducida a una función meramente residual como forma o modalidad de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en el ámbito de los delitos leves.

⁹⁰ Informe del Consejo General del Poder Judicial..., cit., p. 115

⁹¹ Informe del Consejo Fiscal..., cit., p. 69.

⁹² A este respecto, el Informe del Consejo Fiscal..., cit., pp. 71 y 72, advierte que la experiencia práctica pone de manifiesto que en España la aplicación de esta medida de seguridad nunca ha menoscabado la defensa del orden jurídico o ha ocasionado la desconfianza en la vigencia de la norma infringida por el

Por el contrario, han sido las interpretaciones restrictivas sobre la extensión del concepto de penas privativas de libertad y la posibilidad de su aplicación a las faltas lo que ha supuesto un obstáculo – a veces insalvable- a la ordenación y aplicación normalizada y coherente con el derecho administrativo de la expulsión. Toda esta polémica –superada tras la reforma del artículo 89 CP en 2010 y la Circular 5/2011- se va a reactivar muy seriamente si se limita la expulsión judicial a la penas de prisión de más de un año.

2. Sustitución parcial de la pena

Se trata de la expulsión como medida sustitutiva del último tramo de la pena de prisión impuesta (que se encontrare en el tercer grado penitenciario o cumplida las tres cuartas partes de la condena) aunque sea inferior a seis años⁹³.

Antes de la reforma impetrada por la LO 5/2010, en el párrafo segundo del artículo 89.1 del Código Penal, se preveía la sustitución por la expulsión de la parte de la pena que quedaba por cumplir cuando el extranjero era condenado a penas de prisión igual o superior a seis años y accedía al tercer grado penitenciario o cumplía las $\frac{3}{4}$ partes de la condena. La reforma sustituyó el mencionado párrafo por el que aparece actualmente en el apartado 5 que permite la sustitución del saldo de cualquier pena privativa de libertad por la expulsión, sin límite temporal de pena –ya no solo iguales o superiores a seis años-, y sin límite de oportunidad procesal –en sentencia o durante su ejecución- para acordarse. La pena a tener en cuenta, en igual que en el caso de sustitución de la pena íntegra, es la impuesta en concreto y no la pena prevista en abstracto para el delito cometido (Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza 171/2006, de 16 de febrero [RJ 2005|91641])⁹⁴.

En opinión se Salinero Echevarría, este apartado, más que colaborar en superar los conflictos que se presentaba en la práctica de los tribunales, coloca nuevos problemas sobre el tapete y origina un fuerte dolor de cabeza al agente encargado de su interpretación o aplicación: por ejemplo, a qué penas se puede aplicar. Si bien, con un fundamento de carácter formal, la respuesta radica en el propio artículo 89.5 que utiliza la voz “cualquier pena privativa de libertad”, por lo cual la pena no es limitada ni en su naturaleza ni en su ámbito temporal. En concreto, se podría aplicar la expulsión sustitutiva incluso a una pena de prisión máxima de 20 años o a aquellas penas privativas de libertad –localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas- que en el caso de la sustitución total no proceden, siempre que se cumplan los demás requisitos legales; por otra, continúa

delito. Al contrario, la aplicación normalizada del vigente artículo 89 del Código Penal no ha constituido ninguna puerta abierta a la impunidad de los delitos como lo acredita el espectacular dato de que los extranjeros constituyen el 33,47 % de la población reclusa española (31,42% en los centros dependientes de SGIIPP y 145,40 % de los dependientes de G de Cataluña).

⁹³ MARTÍNEZ PARDO, V. J.: “La expulsión...”, cit., pp. 48 y 49.

⁹⁴ BENITO LÓPEZ, R.: “Instituciones...”, cit., p. 502.

el autor, es necesario que el extranjero haya cumplido las tres cuartas partes de la pena o haya accedido al tercer grado penitenciario. Sin duda su inclusión obedece a la necesidad de tener cubierto todos los supuestos fácticos de que un extranjero pudiese evitar la expulsión⁹⁵.

Sin embargo, esta previsión ha sido ampliamente criticada. En opinión de Terradillos Basoco más que un sustitutivo de la pena lo va a ser de la libertad condicional e incluso escasamente respetuoso con el principio no bis in idem por cuanto sigue imponiendo sanciones allí donde ya se ha cumplido la condena en los términos legalmente exigidos para recuperar la libertad⁹⁶. Es más, el propio Tribunal Supremo advierte en Sentencia 90/2004, de 8 de julio, [RJ 2004\9241] que al haberse cumplido ya gran parte de la condena, la expulsión no va a ser una medida sustitutiva sino acumulativa.

El último requisito necesario para que opere la sustitución de parte de la pena por la expulsión es que lo solicite el Ministerio Fiscal al Juez o Tribunal respectivo. Con esta atribución legal en exclusiva al Ministerio Público queda vetado que los juzgadores de oficio apliquen esta institución y, asimismo, le queda prohibido al extranjero penado pedir su propia expulsión cuando ha dado cumplimiento a las tres cuartas partes de la condena o accede al tercer grado de tratamiento penitenciario⁹⁷. No obstante lo anterior, aunque el precepto veda de manera expresa la posibilidad de solicitar la sustitución al penado, con la estrecha colaboración entre la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, la Unidad de Extranjería de al FGE y el Fiscal de Sala de Vigilancia Penitenciaria, se ha normalizado un protocolo de actuación que facilita la intervención del Ministerio Fiscal en la fase ejecutoria en orden a instar la expulsión sustitutiva parcial de la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento. Conforme a ello, dado que no existe, salvo casos excepcionales, posibilidad material de realizar un control directo sobre todas las ejecutorias en trámite por parte de los Fiscales, se ha articulado un sistema que permite que el Ministerio Fiscal obtenga la noticia sobre la ejecutoria en cuestión a partir de una comunicación procedente del principal interesado —el propio penado— que mediante la cumplimentación de un formulario tipo puesto a su disposición en el centro Penitenciario, traslada su solicitud a la Fiscalía y también al tribunal sentenciador⁹⁸.

Pero, la aplicación de esta modalidad de expulsión sustitutiva parcial no está exenta de problemas: uno es el que se genera cuando un interno que pretende aco-

⁹⁵ SALINERO ECHEVARRÍA, S.: “La expulsión...”, cit., p. 127, recuerda que hasta antes de la LO 11/2003 sólo se contemplaba el supuesto que el penado hubiese cumplido la tres cuartas partes de la condena, siendo la novedad la incorporación de esta nueva posibilidad de acceso al tercer grado de tratamiento penitenciario.

⁹⁶ TERRADILLOS BASOCO, J. M^a.: “Inmigración, mafias y sistema penal”, en Ruiz Rodríguez, L. R. (coord.), Sistema Penal y Exclusión de Extranjeros, Barcelona, 2006, p. 56.

⁹⁷ SALINERO ECHEVARRÍA, S.: “La expulsión...”, cit., p. 127.

⁹⁸ Memoria de la Fiscalía General del Estado..., cit., p. 353.

gerse a ella se encuentra cumpliendo simultáneamente varias penas de prisión acumuladas penitenciarmente e impuestas por los Juzgados o Tribunales diferentes, en muchas ocasiones de distintos partidos judiciales e, incluso, diversas provincias de España; y una segunda cuestión es la del frecuente otorgamiento del tercer grado penitenciario tras muy cortos periodos de cumplimiento de la condena –lejos de las tres cuartas partes- como mecanismo para la posterior activación de la solicitud de expulsión sustitutiva que estamos examinando. La Fiscalía General del Estado indica a este respecto que en principio los casos son examinados uno a uno de manera circunstancial, pero resulta conveniente el establecimiento de unas pautas de uniformidad, que habrá de abordarse oportunamente⁹⁹.

Pero curiosamente, cuando apenas se han establecido unas pautas de uniformidad en el tratamiento de estas cuestiones, el Proyecto de Reforma del Código Penal vuelve a traer el desconcierto al prescribir en el apartado 2º del artículo 88 que “cuando la pena impuesta sea superior a cinco años de prisión, o varias penas que excedan 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 este caso, una vez cumplida la parte de la pena que se hubiera determinado, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por expulsión del penado del territorio español, cuando acceda al tercer grado, o se le conceda la libertad condicional”.

Con dicho tenor, resulta cuanto menos exacerbada la potestad judicial no tanto en lo que concierne a la decisión misma de la sustitución de la pena por la expulsión, como en que se deje a la sola discrecionalidad judicial el determinar la duración y condiciones de la sustitución parcial cuando las penas de prisión exceden de cinco años. Con la regulación vigente en estos casos, (extensible a los supuestos en que no se hubiera accedido a la sustitución total de penas inferiores a seis años) la decisión sustitutoria parcial no queda atribuida en exclusividad al juez o tribunal sentenciador sino que dependen en buena parte del cumplimiento de otros presupuestos debidamente acreditados conforme a la sólida legislación penitenciaria.

El apartado 2 sería consciente de que tanto el fundamento de la pena como sus efectos se oponen a la aplicación indiscriminada de la previsión sustitutoria, pero el remedio propuesto de ejecución parcial de la pena es muy discutible¹⁰⁰. El criterio que proclama el artículo 88 del Proyecto parte de una confianza ciega en la unidad de criterio e infalibilidad. Hasta tal punto es así que fundamenta el buen éxito del

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ SAMANIEGO MANZANARES, J. L.: “Comentarios...”, cit., p. 13, interpretando el apartado 2 de artículo 89 del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 12 de julio de 2012, que es reproducido casi íntegramente por el Proyecto aprobado por el Consejo de Ministros el 23 de septiembre de 2013, salvo la cuantía de la pena que el primero la situaba en tres años y el Proyecto en 5, con el límite de pena de prisión prevista para los delitos menos graves.

régimen instaurado en que el cúmulo de conceptos jurídicos indeterminados, valorativos y circunstancias que incorpora el artículo 88, van a ser pacífica y uniformemente interpretados e integrados por todos los jueces y tribunales de España.

Esa indeterminación legal y la proliferación de resoluciones sin la necesaria uniformidad necesariamente afectará a la organización y buen funcionamiento del resto de las Instituciones del Estado implicadas en la aplicación de la medida sustitutiva que o podrán organizarse con criterios sólidos y seguros que, unidos a la falta de previsión del momento en que puede llevarse a cabo la sustitución parcial de la pena puede provocar situaciones de intolerable discriminación con el cumplimiento de la condena por los no extranjeros (libertad condicional, clasificación en tercer grado penitenciario, etc.). En otras palabras, con la nueva redacción del artículo 88.2 del Proyecto un extranjero que hubiera sido condenado junto con un español por la comisión de un delito en régimen de coautoría e idénticas circunstancias a la misma pena privativa de libertad superior a cinco años tendrá que cumplir la condena en otras condiciones que el español al no tener posibilidad de que el acceso al tercer grado penitenciario o el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena puedan tener virtualidad jurídica alguna¹⁰¹.

En cualquier caso, el Informe del Consejo General el Poder Judicial consideró más adecuada la regulación actual en la que es el legislador quien, tras hacer el juicio de valoración de la suficiencia de la función de prevención general de la pena, establece la parte de la pena que ha de ser cumplida para que queden salvaguardados los fines de prevención general negativa y positiva. Parece necesario que se establezcan en la ley unos criterios seguros y previsibles sobre la parte de la pena a cumplir, sin perjuicio de establecer ciertas flexibilizaciones o modulaciones en atención a las circunstancias personales del penado y particulares¹⁰².

3. Cuestiones comunes

3.1. *Carácter obligatorio de la expulsión*

Una de las cuestiones más criticadas y doctrinalmente debatidas ha sido la naturaleza imperativa y como regla general de la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión. De hecho, la primera tacha que la doctrina imputa a la actual regulación de la expulsión del extranjero delinciente es su carácter automático y obligatorio, siempre que concurren los supuestos descritos en el artículo 89 del Código Penal. Lo que equivale además a negar el principio de jurisdiccionalidad, y la posibilidad misma de adecuar la medida a las necesidades específicas de cada caso¹⁰³.

Hasta el 2003 el artículo 89.1 del Código Penal establecía, refiriéndose a las pe-

¹⁰¹ Informe del Consejo Fiscal..., cit., p. 74.

¹⁰² Informe del Consejo General del Poder Judicial..., cit., p. 117.

¹⁰³ TERRADILLOS BASOCO, J. M^a.: "Reflexiones y propuestas de inmigración. En torno al Proyecto de Reforma del Código Penal de 2009", en *Indret*, enero 2010, p. 8.

nas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a extranjero no residente legalmente en España, “podrán ser sustituidas por la expulsión del territorio nacional”; y por ello, la decisión del Tribunal Sentenciador en esta materia era el ejercicio de una facultad discrecional de primer grado otorgada por la ley. Sin embargo, la LO 11/2003, utilizando una fórmula imperativa, “serán sustituidas” y “acordarán” de los apartados 1 y 5, determinó la obligatoriedad de la sustitución en los mismos supuestos, suprimiendo la audiencia previa al penado, y exigiendo únicamente la motivación cuando se acordara el cumplimiento de la pena.

Desoyendo las voces que de forma reiterada reclamaban la aplicación potestativa de la expulsión y los diversos proyectos de reforma penal posteriores a la regulación prevista en la Ley 11/2003, que suprimían el automatismo de la misma, paradójicamente, la LO 5/2010, reitera el patrón, en idénticos términos, que su antecesora, determinando la obligatoriedad legal de la expulsión¹⁰⁴. Aunque sí que amplía, de manera vaga y abierta, las causas que pueden justificar el cumplimiento de la condena en territorio español. Conforme a ello, existen dos excepciones a la expulsión penal:

1. La primera viene recogida en el mismo número 5 del artículo 89 cuando prescribe la expulsión “salvo que el juez o tribunal aprecie razones que justifiquen el cumplimiento en España”; razones comprensivas, en opinión de Velázquez Vioque, no sólo de las objetivas relativas al delito, sino, muy particularmente de las personales y familiares del sujeto¹⁰⁵.

Recordemos que el texto anterior no admitía más excepción al mandato legal de sustitución que la que venía dada por “la naturaleza del delito”, no dejando margen a ningún tipo de interpretación correctora de la literalidad del texto legal. Se hacía referencia a casos en que por la gravedad del delito pudiera entenderse que verdaderamente el no cumplimiento efectivo de la pena podía transmitir una sensación de impunidad. Así, la jurisprudencia venía a excluirla generalmente con relación a delitos de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud (Sentencia del Tribunal Supremo 1249/2004, de 28 de octubre [RJ 2004\7050]); y la Fiscalía General del Estado decidió no recurrir a la expulsión sustitutiva como pauta general en los delitos cometidos por organizaciones criminales conforme a los criterios de la Convención de las Naciones Unidas para la Delincuencia Organizada Transnacional (Circular 2/2006). A esta excepción legal la jurisprudencia añadió otra basada en las circunstancias personales del penado, en particular el arraigo, cuya valoración si bien fue polémica en sus inicios ahora está consolidada. El Tribunal Supremo en Sentencia 918/2012, de 10 de octubre [RJ 2013\1435], considera factible revisar ese punto antes de su efectividad en fase de ejecución si sobrevienen cir-

¹⁰⁴ Aunque MIR PUIG, S.: *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, 2011, p 715, señala que con la reforma de 2010 la expulsión ya no resulta aplicable de forma automática, sino facultativa.

¹⁰⁵ VELÁZQUEZ VIOQUE, D.: “Expulsión...”, cit., p. 682.

cunstancias que hagan improcedente o inconveniente la expulsión. Si bien la carga de la prueba de las razones justificadoras del cumplimiento en España de la pena impuesta, corresponde, obviamente a la defensa (AP de Zaragoza 109/2014 de 28 de abril [2014\147711]). Declarando el Tribunal Supremo en la Sentencia 658/2014, de 27 de marzo [JUR 2014\138303], que ante la ausencia de arraigo domiciliario, laboral e incluso familiar acreditado, no está justificado el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta en un centro penitenciario de España

Con semejantes discrepancias hubiera sido deseable, como apunta Guisola Lerma, además de que se hubiera eliminado con rotundidad la obligatoriedad de la expulsión, que en la propia figura se fijaran los criterios que debe utilizar el Juez a la hora de ponderar la permanencia o no en el territorio español del condenado extranjero. De este modo entre las causas que justificarían su prosecución en territorio español, debiera preverse expresamente el atender, no únicamente a la naturaleza del delito sino también a la gravedad del delito, así como a las concretas circunstancias del extranjero (arraigo, situación familiar, o por ejemplo, el que se trate de nacionales de países donde no es posible la expulsión, por correr riesgo su vida, si ésta se efectúa)¹⁰⁶.

2. Que no se trate de alguno de los delitos expresamente excluidos por la ley¹⁰⁷. El número 7 recoge un elenco de delitos cuya condena elimina la posibilidad de expulsión: la de los artículos 312, 313 y 318 bis. Se exceptúa pues de la expulsión a los penados por delitos relacionados con la inmigración ilegal, que tiene por objeto que sus autores no puedan, tras el regreso a su país, volver a su anterior dedicación. El espíritu y contenido esencial de la anterior regulación se mantiene pero con algunas modificaciones¹⁰⁸. En la LO 5/2010 se reducen los supuestos en los que no serán de aplicación las disposiciones establecidas en los apartados anteriores, a los extranjeros que hubiesen sido condenados únicamente por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis, dejando así fuera los relativos a los artículos 515.6º, 517 y 518, y añadiéndose el artículo 313 del nuevo Código Penal. Pero esta lista de delitos no es excluyente por cuanto en alguna resolución judicial se justifica el cumplimiento en España para delitos distintos de los anteriores; concretamente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 243/2014, de 2 de abril [JUR 2013\159583], señala que el delito de robo con fuerza en casa habitada, en la medida en que no sólo afecta al bien jurídico del patrimonio, sino al

¹⁰⁶ GUI SOLA LERMA, C.: “La reforma del Código Penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de penas privativas de libertad (artículo 89)” en Álvarez García, F. y González Cussac, J. L. (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 131 y ss.

¹⁰⁷ MARTÍNEZ PARDO, V. J.: “La expulsión...”, cit., p. 36. Señala el autor que la justificación de la eliminación de las menciones a los artículos 515.6º, 517 y 518 pretende evitar que los responsables de estos delitos puedan beneficiarse de la sustitución del procedimiento penal.

¹⁰⁸ CUGAT MAURI, M.: “La desaprovechada...”, cit., p. 105.

bien jurídico de la intimidad, de la seguridad, de la tranquilidad y de la inviolabilidad del domicilio, constituye un hecho delictivo de especial trascendencia, que justifica el cumplimiento de la pena privativa de libertad en España, sin perjuicio de la posterior expulsión del condenado.

Pero en este punto se produce también una de las decisiones de mayor calado del Proyecto de Reforma en este ámbito es que, a pesar de que mantiene inalterado el carácter preceptivo de la expulsión, sin embargo, atempera la automaticidad de tal decisión. El actual legislador se ha hecho eco de estas reivindicaciones y les ha dado debido cumplimiento en el apartado 3 del artículo 88¹⁰⁹ al hacer un llamamiento a una individualización razonada de la medida –de manera que no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada– congruente con la exigencia de motivación auspiciada por constante doctrina jurisprudencial desde la Sentencia del Tribunal Supremo 901/2004, de 8 de julio [RJ 2004\4291]. Se exige pues una valoración particularizada del caso y por tanto, su sometimiento a debate procesal y la motivación de la decisión. A los jueces corresponderá pronunciarse sobre este extremo si bien, una vez acreditada la falta de proporcionalidad, la exclusión de expulsión venga obligada¹¹⁰. Como ya pusiera de manifiesto Cugat Mauri, ésta constituye la única vía de garantizar los derechos del penado en la aplicación de la expulsión, como exige la Directiva 2001/40/CE del Consejo de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países¹¹¹. Y por otra parte, el apartado 8 actualiza las citas de los delitos excluidos del ámbito objetivo de la sustitución, al incorporar el artículo 177 bis relativo a la trata de seres humanos, salvando la notoria omisión en que incurrió la anterior reforma operada por la LO 5/2010, ambas previsiones son correctas¹¹².

En definitiva, la Reforma suaviza el texto vigente, al indicar que sólo serán objeto de sustitución las penas de prisión de más de un año (apartado 1), e incluir un nuevo apartado, el número 3, que permite al juzgador no acordar 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. En opinión de Comas d'Argemir, Sánchez-Albornoz y Navarro, estas dos modificaciones mejoran la regulación actual al ser respetuosa con los principios de proporcionalidad y los demás valores constitucionales a los que se hace alusión, dado que, aunque se mantenga el verbo imperativo “serán sustituidas”, se limitan las penas priva-

¹⁰⁹ El artículo 88.3 dispone: “no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo a España, la expulsión resulte desproporcionada”.

¹¹⁰ SAMANIEGO MANZANARES, J. L.: “Comentarios...”, cit., 13.

¹¹¹ CUGAT MAURI, M.: “La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros”, en Quintero Olivares, G. (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Navarra, 2010, p. 101.

¹¹² Informe del Consejo Fiscal...cit., p. 75

tivas de libertad afectadas por la sustitución –más de un año de prisión- y se faculta al juez para que pueda ponderar las circunstancias del hecho y personales del autor, tal y como viene sosteniendo la jurisprudencia constitucional y ordinaria¹¹³.

3.2. *Efectos de la expulsión*

En el texto anterior, con la LO 11/2003, no solo existía un plazo fijo de diez años, sino que las características del delito no eran valoradas a la hora de que la judicatura decidiera impetrar la expulsión. Es decir, el plazo era siempre y como mínimo de diez años, tanto si se trataba de un delito de falsedad documental como si se contra la salud pública; lo que sin duda conculcaba el principio de proporcionalidad. Con la LO 5/2010, las cosas cambiaron nuevamente, el juez o tribunal puede discrecionalmente determinar el plazo de prohibición de retorno el que varía entre cinco a diez años, atendida la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado (artículo 89.2)¹¹⁴.

Como recuerda Salinero Echevarría, la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional tiene obviamente un primer efecto –la expulsión- pero no es el único. Junto a éste, a tenor del artículo 89.2 del Código Penal, quizás el efecto más gravoso para el extranjero es la prohibición de regresar a España por un lapso que puede variar entre cinco a diez años contados desde la expulsión¹¹⁵. Y entre las circunstancias personales a tener en cuenta en la temporalidad se incluye el arraigo. De acuerdo con el artículo RD 2393/2004, éste deberá apreciarse cuando la permanencia del sujeto en España sea continuada, no existan antecedentes penales en España o en su país de origen, tenga un contrato de cierta duración y, por último resulte acreditada la existencia de vínculos familiares y domicilio conocido¹¹⁶.

El artículo 89.4 del Código Penal es una norma especial que impide la aplicación del artículo 468.2 del Código Penal¹¹⁷. De modo que a diferencia de lo que sucedía en el texto anterior, que sólo contemplaba la devolución del sujeto por la autoridad gubernativa, actualmente las consecuencias del quebrantamiento de la prohibición de regreso son diferentes según sea encontrado ya dentro del territorio español o es sorprendido en la frontera: el primer supuesto se refiere a aquellos casos en los que el extranjero expulsado que logra ingresar en el territorio español antes de cumplir-

¹¹³ COMAS D'ARGEMIR, M., SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C. y NAVARRO, E.: "Sustitución...", cit., pp. 23 y 24.

¹¹⁴ La escala orientativa que señala la Instrucción de la Fiscalía Provincial de Madrid, 2/2011, pp. 10 y 11, es: Pena inferior a 2 años de prisión: 5 años de expulsión; Pena entre 2 y 3 años de prisión: 6 años de expulsión; Pena entre 3 y 4 años de prisión: 7 años de expulsión; Pena entre 4 y 5 años de prisión: 8 años de expulsión; Pena entre 5 y 6 años de prisión: 9 años de expulsión; pena de prisión de 6 años en adelante: 10 años de expulsión.

¹¹⁵ SALINERO ECHEVARRÍA, S.: "La expulsión...", cit., p. 133.

¹¹⁶ VELÁZQUEZ VIOQUE, D.: "Expulsión...", cit., p.716.

¹¹⁷ Circular 5/2011..., cit., p. 137.

se el plazo de prohibición de retorno, en cuyo caso habrá de cumplir las penas que le fueron sustituidas; el segundo se refiere a la situación en la que el extranjero intenta entrar de nuevo en España, antes del plazo de prohibición, siendo sorprendido en frontera. En estos casos, se establece que será expulsado directamente, iniciándose de nuevo el cómputo del plazo de prohibición¹¹⁸.

Por otra parte, la consecuencia de la expulsión del territorio de uno de los Estados miembros de la Unión Europea, en este caso España, determina, en virtud del artículo 5 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, que el expulsado pase a integrar una lista, que forma parte del Sistema de Información previsto en el Acuerdo Schengen, lo que lo convierte en “rechazable” en cualquiera de los Estados de la Unión Europea, por lo que en virtud de esta previsión el ámbito espacial al que se extiende la prohibición de entrada abarca el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea¹¹⁹. A partir de ahora, será posible, como sucede con el resto de alternativas, la ejecución de la pena sustituida cuando el extranjero expulsado regresare a España. Aunque como recuerda Cugat Mauri no se prevén en estos supuestos las reglas de conversión para el abono proporcional el abono proporcional de la parte cumplida¹²⁰.

Pero a los anteriores efectos se les une, por expresa disposición legal (artículo 89.3 del Código Penal), el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España (renovaciones, residencia de larga duración, autorización para trabajar¹²¹).

También el Proyecto de Reforma del Código Penal, con una visión continuista, mantiene la posibilidad de ajustar el plazo de duración de la expulsión toda vez que en el número 5 del artículo 88, mantiene la dura prohibición de regreso entre cinco y diez años, que deberá concretar el juzgador en función de “la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado”. Aunque también se mantiene la posibilidad de que en el caso de que el extranjero expulsado intente quebrantar la prohibición de entrada en España, antes del vencimiento del plazo acordado, cumpla las penas que fueron sustituidas, introduciendo la novedad de que excepcionalmente el Juez o Tribunal reduzca su duración cuando su cumplimiento resulta innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, atendiendo al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en que se haya producido su incumplimiento (artículo 88.7).

¹¹⁸ BLAY, E., CID, J., ESCOBAR, G., LARRAURI, E., y VARONA, D.: “El sistema...”, cit., p. 167.

¹¹⁹ El Sistema de información de Schengen incluye exclusivamente las categorías de datos que proporciona cada una de las Partes y que son necesarios para los fines previstos en los artículos 95 a 100 del Convenio: personas buscadas a efectos de extradición, extranjeros incluidos en la lista de no admisibles, datos relativos a personas desaparecidas o que deban ser objeto de protección, etc.

¹²⁰ CUGAT MAURI, M.: “La desaprovechada...”, cit., p. 104.

¹²¹ GÁMIZ, M. y VALDERRAMA, J.: “El proyecto...”, cit., p. 2.

3.3. *Procedimiento*

Frente a regulación anterior en que la exigencia expresa de que la sustitución fuese acordada en sentencia suscitó la duda de si ello vedaba la posibilidad de que fuera acordada por auto en fase de ejecución penal (aunque la jurisprudencia admitió esta posibilidad, siempre previa audiencia de las partes en Sentencia del Tribunal Supremo 514/72005 de 22 de abril [RJ 2005\4714], y 274/2006, de 3 de marzo [RJ 2006\5687]), con la LO 5/2010, la sustitución –total o parcial- de la pena privativa de libertad puede ser acordada no solo en sentencia, sino, también posteriormente mediante auto¹²². En efecto, ahora la previsión expresa del párrafo 2º del artículo 89.1 viene a permitir que la decisión se adopte con posterioridad a la sentencia y tras incidente contradictorio, con independencia de la parte que lo suscite, y conforme a los criterios generales que da el precepto¹²³.

Tampoco se mencionaba la Ley 11/2003 la necesidad de oír al penado con carácter previo, sin embargo, conforme al número 1 del actual artículo 89, la sustitución debe acordarse en principio en sentencia y previa audiencia del penado, el Ministerio Fiscal y demás partes personadas. De este modo se obtiene la plasmación legislativa de que ya era una práctica judicial en lo que se ha venido a llamar “relectura constitucional del precepto”, que exige la audiencia previa del interesado como trámite preceptivo para acordar la expulsión¹²⁴. Hasta tal punto que se han declarado nulas decisiones que la acordaron sin dicha audiencia previa, por entender vulnerado el derecho a la defensa, como dictamina la Audiencia Provincial de Zaragoza en Sentencia 109/2014, de 28 de abril [JUR 2014\147711], al dejar sin efecto la sustitución de la pena acordada en sentencia, sin perjuicio de la posibilidad de acordar en auto motivado posterior la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión, por entender que en modo alguno es procedente que se incumpla un requisito que la norma contempla como necesario para poder pronunciarse, concretamente que el penado –que no su letrado- sea oído.

Por otra parte, no se trata de una audiencia específica al respecto, sino que, en tanto la petición venga incluida en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, debe entenderse que la vista oral del procedimiento ya permite la contradicción y que la Defensa efectúe las alegaciones oportunas y presente prueba al respecto, así

¹²² El artículo 89.1 párrafo 2º señala: “También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas”; el número 5 dispone: “Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las demás partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución...”.

¹²³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: “Artículo 89”, en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, 2010, p. 403.

¹²⁴ VELÁZQUEZ VIOQUE, D.: “Expulsión...”, cit., p. 682; en este sentido, CUGAT MAURI, M.: “La desaprovechada...”, cit., p. 101, señala que el retorno a la versión original del texto supone el reconocimiento implícito del margen de discrecionalidad de que continúa disponiendo el Juez en la elección del contenido de la pena, que obliga a su sometimiento a debate procesal contradictorio y, en consecuencia, a la audiencia de las partes.

como que sea oído el condenado. Inevitablemente huir de posiciones automáticas significa, como requisito indispensable, oír directamente al afectado por la medida en cuenta a su arraigo, sus circunstancias personales, etc. No es suficiente, en tal sentido, la mera manifestación de su representación letrada, expresada en el recurso de apelación. No hay certeza de si realmente el apelante estima conveniente dicha sustitución por expulsión. (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 243/2014, de 2 de abril [JUR 2014\159583]).

Como señala Quiles Martín, el legislador atiende a las reclamaciones históricas del Tribunal Supremo sobre la imperiosa necesidad de dar trámite al extranjero penado, basándose en la referencia jurisprudencial más importante en materia de Derechos Humanos como es la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, relativa a la exigencia de un examen individualizado del caso concreto y de las circunstancias personales del extranjero penado para poder acordar la expulsión del extranjero del territorio español (circunstancia de arraigo que es extensible a la protección de la familia o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)¹²⁵. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 15 de diciembre de 2009 [TEDH 2009\142], caso Gurguchiani contra España, rechaza la aplicación cuasi automática del artículo 89 del Código Penal sin escuchar al demandante ni tener en cuenta sus circunstancias. En definitiva, esta previsión viene a dar cobertura legal a una práctica que se venía desarrollando en aquellos casos en los que la audiencia del condenado debía producirse con posterioridad a la sentencia, por no haberse realizado antes. Esta audiencia es preceptiva conforme a la Constitución, para la efectiva tutela de los derechos (artículo 24 CE), y, por tanto, en aquellos casos en los que no se han cumplido todos los requisitos con anterioridad a la sentencia, se habilita al juez para adoptar la decisión con posterioridad a la misma mediante auto motivado.

Junto a la necesidad de audiencia, se erige como garantía legal la motivación de la medida adoptada, tanto si se acuerda la expulsión como si se justifica su no adopción¹²⁶. No obstante, conviene tener presente que si el Proyecto de Reforma adquiere luz verde en su redacción actual, el artículo 88 del Código Penal, a diferencia del 89 vigente, omite la actual referencia expresa a la posibilidad de proceder a la decisión sustitutiva tanto en sentencia como en auto posterior, con lo que se vuelven a introducir elementos de confusión extraordinariamente relevantes en la práctica: procedimiento y prueba de los hechos personales o de la situación de arraigo alegados por el afectado (significativamente en el caso de juicios rápidos y

¹²⁵ QUILES MARTÍN, S.: “Expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España”, noviembre 2011, p.1. Recurso electrónico disponible en: www.legaltoday.com

¹²⁶ VELÁZQUEZ VIOQUE, D.: “Expulsión...”, cit., p.682, resalta que dado que el texto legal alude a la posibilidad de acordar la expulsión en auto motivado posterior, por lo que carecería de sentido que su adopción en sentencia no fuera precedida de dicha motivación.

de enjuiciamiento inmediato); acreditación de hallarse encartado (juicios pendientes o en tramitación en otros juzgados y otras provincias) o incluso, condenado por otras causas, control y corrección de la conformidad con la pena y expulsión sin acreditarse la existencia de otras condenas o procedimientos abiertos que la imposibilitarían; posibilidad de decidirse por el juez de ejecutorias; posibilidad de cambio de criterio por cambio de las circunstancias en los casos de condenas de larga duración; valoración de la imposibilidad (física o jurídica de expulsión), etc.

V. EJECUCIÓN POR IMPOSIBILIDAD DE LLEVAR A CABO LA EXPULSIÓN

En principio, decretada la expulsión, parece que no existirá posibilidad de beneficiarse de las reglas de suspensión (artículos 80 y 87 del Código Penal), ni tampoco de la sustitución (artículo 88)¹²⁷. Y digo en principio porque tras la LO 5/2010, el artículo 89.6 párrafo 2º termina con la prohibición de disfrute del resto de alternativas a los extranjeros sin residencia legal, aunque de modo muy limitado, cuando habiéndose sustituido la pena por la expulsión, esta no pudiera llevarse a cabo¹²⁸.

De modo que cuando la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio no pueda materializarse, el Órgano judicial, podrá acordar, bien el cumplimiento de la pena privativa de libertad, bien la suspensión de la condena, bien la sustitución de la misma, siempre y cuando concurren los requisitos exigidos legalmente para la concesión de tales beneficios. En este caso, en las ejecutorias se informará sobre este particular conforme a los criterios generales establecidos para el resto de los condenados a penas privativas de libertad, en materia de suspensión de condena o sustitución de la misma por multa o trabajos en beneficio de la comunidad¹²⁹.

En todo caso, el juez o tribunal deberá motivar la decisión sobre aplicación del artículo 89 del Código Penal cualquiera que sea su contenido ya se acceda o se deniegue esta medida. Con carácter general la decisión sustitutoria debe tomar en consideración los intereses públicos relativos a la política criminal, esto es su naturaleza del hecho delictivo, su gravedad y, por tanto, indudables razones de prevención general según apunta la Sentencia del Tribunal Supremo 842/2010, de 30 de septiembre [2010\7653]¹³⁰. Las causas de imposibilidad de materializar la expul-

¹²⁷ ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 2ª Edición actualizada conforme a la LO 5/2010, Valencia, 2010, p. 323.

¹²⁸ Instrucción de la Fiscalía Provincial de Madrid 2/2011, en materia de extranjería, pp. 11 y 12.

¹²⁹ Instrucción 2/2011, p.7.

¹³⁰ Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2010, p. 95, advierte que no procederá la decisión sustitutoria cuando, dada la naturaleza y gravedad del delito, conduzca a eliminar los efectos coercitivos y disuasorios de la norma penal provocando la convicción en los ciudadanos extranjeros de que tienen una especie de licencia para la comisión de una primera acción delictiva, cuya pena quedaría sin ejecutar, generándose como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen.

sión pueden ser de la más variada naturaleza (negativa del Estado de origen, carencia del visado correspondiente, imposibilidad del transporte, etc.). En estos casos, el extranjero condenado a pena privativa de libertad será acreedor de los beneficios...en materia de suspensión de la ejecución de la pena o sustitución de la misma por multa o trabajos en beneficio de la comunidad¹³¹.

Cabe plantearse si es o no posible la aplicación de estas figuras (artículos 80, 87 y 88 del Código Penal) en los casos en los que, no se trate de supuestos en los que no se haya podido materializar la expulsión, sino aquellos otros en los que el órgano sentenciador, por apreciar razones que lo justifiquen, decida no sustituir la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión. Pues el legislador dice textualmente que acordará la sustitución “salvo que (...) aprecie razones que justifiquen el cumplimiento en un centro penitenciario en España”. Señala la Instrucción 2/2011 que en el caso en que se acuerde la expulsión por auto posterior, los requisitos deberán ser los mismos ya expuestos en los apartados anteriores para los diferentes supuestos. Pero sólo tiene cabida en los supuestos en los que tal cuestión no haya sido resuelta, negativa o positivamente, en la sentencia condenatoria dictada, pues ello iría en contra de la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes¹³².

El Proyecto de Reforma no es novedoso en este sentido, el número 8 del artículo 88 reproduce íntegramente el tenor de número 6 del artículo 89 del Código Penal de modo que si la expulsión acordada no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del periodo pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma, omitiendo la referencia a la sustitución en los términos del vigente artículo 88 del Código Penal, pues en el propio Proyecto esta última queda incluida en el régimen único de suspensión.

VI. INTERNAMIENTO DEL RESIDENTE ILEGAL

Ante la posibilidad de que el extranjero deba quedar en libertad y a fin de evitar su desaparición, el Código Penal prevé su internamiento hasta tanto sean expulsados¹³³. Así, en caso de que acordada la expulsión no se encontrare al penado o no quedare efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el número 6 del artículo 89 del Código Penal, faculta al juez o tribunal sentenciador para decretar su ingreso en un centro de internamiento para extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa (60 días como máximo, artículo 65.2 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de

¹³¹ Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2010, p. 108.

¹³² Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2011, en materia de extranjería, p. 8.

¹³³ En este sentido, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio, 2010*, p. 271; VELÁZQUEZ VIOQUE, D.: “Expulsión...”, cit., p. 688, quien afirma que se produce una remisión expresa al internamiento a que se refiere la LO 4/2010.

diciembre). Y si, finalmente, dicha expulsión no pudiera ser realizada, se procederá a la ejecución de la pena inicialmente impuesta, con la posibilidad de acceder, en su caso, a la suspensión o sustitución de la pena (artículo 89 del CP)¹³⁴. Sin embargo, el tiempo de privación de libertad no se configura como de “ejecución de la pena o medida”, sino como un internamiento aparentemente administrativo, con los límites y garantías que le son propios¹³⁵.

Sin embargo este ingreso no ha sido bien visto por los distintos operadores jurídicos. Concretamente la Fiscalía General del Estado advierte que el ingreso de un condenado a penas de prisión parece incompatible con el ingreso cautelar en un centro de Internamiento para Extranjeros (CIE) dado que al ser establecimientos públicos de carácter penitenciario –artículo 62 bis LOEX- no solo carecen de medidas de seguridad adecuadas y personal cualificado, sino que también puede alterarse su régimen normalizado de funcionamiento por la necesidad de separar internos que han cometido una mera infracción administrativa de aquellos condenados en sentencia penal. El ingreso en CIE debería quedar limitado para los extranjeros que hubieran sido condenados a penas privativas de libertad de localización permanente, responsabilidad subsidiaria por impago de multa o penas de prisión inferior a tres meses pues ninguna de ellas exigen el ingreso en centro penitenciario. Excepcionalmente ponderando todas las circunstancias concurrentes los Fiscales también podrán interesar el ingreso en CIE de aquellos condenados a penas de prisión que hubieran podido haber sido consecuencia de la aplicación del artículo 88¹³⁶.

Pero la materia que es origen de verdadera controversia –incluso que ha provocado dictámenes dispares- es la referida a la posibilidad de informar favorablemente el internamiento de ciudadanos pertenecientes a países de la Unión Europea cuando respecto de los mismos se ha dictado decreto de expulsión por la autoridad gubernativa, basado en alguno de los supuestos excepcionales previstos 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 Espacio Económico Europeo. Las posturas son dos: la primera, defiende que es conforme a ley la adopción de la medida de internamiento para los ciudadanos comunitarios, cuando concurren las exigencias de excepcionalidad y proporcionalidad propias de una medida restrictiva de un derecho fundamental como es esta; frente a esta postura, en Fiscalías Provinciales de la envergadura de la de Madrid permanece vigente un acuerdo contrario alcanzado en la Junta de Fiscales Decanos y que ha dado lugar a la Instrucción 2/2011 de la Fiscalía Provincial de Madrid. La negativa descansa en la carencia de previsión legal expresa para sustentar la medida de internamiento a que nos referimos y en la

¹³⁴ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: “Artículo...”, cit., p. 503.

¹³⁵ CUGAT MAURI, M.: “La desaprovechada...”, cit., p. 105.

¹³⁶ Circular 5/2011..., cit., pp. 104 y 105.

apreciación de que la expulsión de un ciudadano de la Unión debería llevarse a cabo diligentemente –entiéndase dentro de las 72 horas posteriores a su detención– lo cual haría del internamiento una medida desproporcionada. Sobre esta cuestión tampoco existe uniformidad judicial¹³⁷.

Durante el año 2012 los extranjeros sin residencia legal a quienes se sustituyó la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio español fueron ingresados en prisión en tanto se materializaba la expulsión, en aplicación de lo establecido en la DA 17 de la LO 19/2003, en una proporción mayor a aquellos que fueron trasladados a Centros de Internamiento de Extranjeros en espera de ser expulsados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 89.6 del Código Penal. Se observa, no obstante, que a pesar de la perfecta asimilación de la doctrina de la Circular número 5/2011 por parte de la fiscalía, sin embargo los Jueces y Tribunales son reacios a privar de libertad (bien en CIE bien en Centro Penitenciario) a los extranjeros sin residencia legal a quienes han condenado a pena privativa de libertad que han decidido sustituir por la expulsión. Pues establece el carácter facultativo de la medida (“podrá acordar”) y, si bien no se recoge en el texto, la decisión judicial habrá de ser motivada y respetar los derechos fundamentales de defensa, incluidos los previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 6.3¹³⁸.

Por último ha de mencionarse que la posibilidad de que un penado extranjero sin residencia legal a quien se sustituye la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio español sea conducido a un Centro de Internamiento de Extranjeros en tanto se materializa la expulsión judicial ha generado problemas de índole competencial a nivel judicial. Ello es así porque no en pocos casos el juez o tribunal sentenciador acuerda la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, pero no se pronuncia sobre el ingreso en centro penitenciario ni en el CIE (artículo 89.6). En estos casos, cuando el penado es detenido posteriormente es frecuente que sea puesto a disposición del Juez de Instrucción de guardia del lugar de la detención, acompañando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a esta puesta a disposición, una solicitud de internamiento como si de un procedimiento administrativo sancionador se tratara. Es estos casos es también harto frecuente que el Juez de Instrucción se cuestione su propia competencia para llevar a cabo ese internamiento, al no existir un mandamiento del tribunal sentenciador, a cuya disposición, entiende, debiera haberse puesto el detenido¹³⁹.

¹³⁷ La Memoria de la Fiscalía General del Estado, p. 355 y 356, señala que esta postura halla fundamento, en una argumentación poco objetable desde el punto de vista de la coherencia interna del ordenamiento jurídico, a que debe tender la interpretación de las normas: no es posible permitir la consecuencia más gravosa (expulsión) y no dotar al operador material que tiene que llevarla a cabo de un instrumento excepcional pero muchas veces necesario. La excepcionalidad debe proyectarse sobre la decisión de expulsión, no sobre la idoneidad del internamiento posterior e instrumental para ejecutarla.

¹³⁸ VELÁZQUEZ VIOQUE, D.: “Expulsión...”, cit., p. 688.

¹³⁹ Memoria..., cit., pp. 353 y 354.

El apartado 2º del artículo 88.8 del Proyecto de Reforma reproduce el vigente número 6 del artículo 89, contemplando la posibilidad de internamiento previo a la expulsión con el fin de asegurar su ejecución. Debe advertirse que este tiempo de privación de libertad no se configura como de “ejecución de la pena o de la medida”, sino como un internamiento aparentemente administrativo, con los límites y garantías que le son propios. Resultando conveniente como señaló el Consejo General del Poder Judicial, que se establezca una previsión para el abono del tiempo de este internamiento para el caso de que finalmente la pena de prisión haya de ser cumplida, bien porque la expulsión no ha podido llevarse a efecto, bien porque el extranjero expulsado regrese a España antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente (artículo 88.6). Con lo que sería aconsejable prever en este último supuesto unas reglas de conversión para el abono proporcional de la suspensión cumplida¹⁴⁰.

VII. CONCLUSIONES

Aunque el fenómeno de la inmigración es relativamente nuevo, es innegable el sólido papel del inmigrante en la cultura, la educación, en el ámbito laboral, y en la sociedad española en general. Sin embargo, salvo cuando el funcionamiento del mercado y el mantenimiento económico guían la ordenación de los flujos migratorios desde una perspectiva laboral, el legislador, en la generalidad de los casos, y más en la época de crisis y desaceleración que arrastra el país, se inclina por mano dura frente al inmigrante ilegal, valiéndose de la expulsión penal en cumplimiento de una política restrictiva, selectiva y de exclusión.

Y si bien es cierto que la sustitución de la prisión por expulsión puede equivaler a la cuasi-impunidad de la conduzca, a un beneficio penal al extranjero infractor, incitándolo al delito ante la certeza de que en caso de ser descubierto la única consecuencia será la deportación a su país de origen, decayendo pues los efectos preventivos, resocializadores y también disuasorios que fundamentan las penas, tampoco puede silenciarse el efecto devastador que en el individuo puede tener el retorno a un país en conflicto, en situación de pobreza, o azotado por otra lacra social, en cuyo caso, el fin preventivo quedaría cubierto no sólo con la expulsión en sí, sino con la prohibición de regreso y la paralización de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto regularizar su situación.

En cualquier caso, la política penal de los últimos años en esta materia se aparta del mandato constitucional de reeducación y rehabilitación social (artículo 25 CE) y lejos de abogar por la integración y el reconocimiento de derechos básicos de ciudadano, identifica al extranjero, y en concreto el inmigrante extracomunitario,

¹⁴⁰ Informe del Consejo General del Poder Judicial..., cit., pp. 1117 y 118, a propósito del internamiento en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012.

con un individuo potencialmente peligroso, orillado de cualquier fin de reinserción y, en muchos casos, privado de las garantías penales y procesales que inspiran sistema penal español. Y me refiero a la política de los últimos años porque desde su inclusión en el Código Penal de 1995 hasta el 4 de octubre de 2013 en que se publicó en el BOCG el Proyecto de Reforma del Código Penal, actualmente en fase de tramitación parlamentaria, el artículo 89 del texto punitivo ha sido objeto de cinco modificaciones, lo que da debida cuenta del profundo desconcierto del legislador en esta materia. Esta provisionalidad de la legislación penal y su modificación casi continua altera un sector del ordenamiento jurídico donde la posesión de principios y el orden es condición mínima de la seguridad jurídica.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es que si el legislador mantiene las previsiones anunciadas en el citado Proyecto el panorama para el extranjero en territorio español se dibuja sombrío: a) obviando cualquier iniciativa de integración extiende la sustitución de la pena de prisión de más de un año por expulsión del territorio español a los extranjeros con residencia legal, esto es, ciudadanos que pueden haber pasado años intentando salvar las barreras administrativas hasta conseguir su residencia legal que verán frustradas sus expectativas de convivencia y unión; b) se amplía de manera exacerbada la potestad judicial, no tanto en lo que a la sustitución se refiere sino en la fijación de la duración y condiciones de la sustitución parcial en caso de penas superiores a cinco años, lo que generará una diversa literatura jurisprudencial; c) en contrapartida el legislador no sólo hace un llamamiento a la individualización razonada de la medida sino que, además, ofrece un elenco de elementos objeto de valoración por jueces y tribunales en el que se incluye de manera expresa y por primera vez el arraigo, lo que excluye la automatización de su imposición; c) por otra parte, dado que tratándose de penas leves, respecto de hechos delictivos de poca entidad y dándose un mínimo de arraigo, podría resultar desproporcionado imponer la expulsión penal al extranjero como si de un enemigo se tratara, el número 1 el nuevo artículo 88, sitúa el límite inferior de la pena de prisión sustituible en un año lo que significa que el legislador ha tomado conciencia de la criticada desproporción a la que se ha hecho referencia; d) en definitiva se puede decir que el sistema diseñado por el nuevo artículo 88 va a producir una notable disminución de las expulsiones judiciales pero no porque aminoren los ilícitos cometidos por extranjeros o por el carácter disuasorio de este sustitutivo penal, sino porque todos aquellos castigados con penas inferiores a un año van a ser acreedores de los mismos beneficios que los nacionales esto, es, la suspensión en sus nuevas modalidades, lo que a su vez impedirá su expulsión gubernativa en tanto no salde su deuda con la sociedad, periodo de tiempo que, sin duda, el penado aprovechará para consolidar situaciones de arraigo laboral e incluso familiar que favorezcan su permanencia en España

Conforme a lo anterior, resulta obvio que los continuos cambios y la necesidad

de mantener excepciones en la regulación demuestran las contradicciones en esta materia, en la que no es fácil conjugar expulsión, respeto a ley y no discriminación. Se impone pues, una reflexión general, un llamamiento a la estabilidad de la ley penal y la advertencia de los riesgos inherentes a un proceso continuado de revisión normativa contrario a la seguridad jurídica.

Para finalizar, entiendo que la aplicación automática e indiscriminada de esta fórmula penal, la hace rayana en la inconstitucionalidad por vulneración de pilares básicos de un Estado Social y Democrático de Derecho, como la igualdad o la proporcionalidad. Cualquier iniciativa legislativa en esta materia debería ir encaminada a garantizar una situación jurídica y social estable al inmigrante que permita su plena integración en la sociedad española. Por otra parte, la responsabilidad penal debe regirse por los principios que le son propios pues la norma penal no debe distinguir entre ciudadanos españoles y nacionales de otros estados. Por tanto, esta fórmula sustitutiva habría de ser expulsada del ámbito penal, o en su caso, ser excepcionalísima, siempre motivada, y atinente a la prevalencia de las consideraciones estrictamente jurídico-penales sobre las de política de extranjería o penitenciaria tan manidas en los últimos años, como razones justificativas de un instituto huérfano, durante mucho tiempo, de justicia material.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA HERRERO, C.: “Pena de prisión y extranjería: algunas especialidades legislativas”, en *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, Nº 16.
- ASÚA BATARRITA, A.: “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas del control de la inmigración”, en Lorenzo Copello, P. (coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002.
- BENITO LÓPEZ, R.: “Instituciones individualizadoras y sustitutivos de las penas privativas de libertad”, en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento...*,
- CANCIO MELIÀ, M.: “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal”, en *ILECIP REV.* 002-04 (2007). Recurso electrónico disponible en: <http://www.ilecip.org>
- CANCIO MELIÀ, N. y MARAVER GÓMEZ, M.: “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en Bacigalupo, S y Cancio Melià, M. (coords.) *Derecho Penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005,
- COMAS D’ARGEMIR, M., SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C. y NAVARRO, E.: “Sustitución de la pena por expulsión: principio de proporcionalidad, audiencia del acusado y del penado, distintas fases procesales (artículo 89 CP)”, en *Jornadas de la comisión penal de jueces para la democracia*, Valencia, 2012
- CORCOY BIDASOLO, M.: “Sistema de penas y líneas político-criminales de las últimas reformas del Código Penal. ¿Tiende el Derecho Penal hacia un Derecho Penal de dos velocidades?”, en Cancio Melià, M. y Gómez-Jara Díez, C. (coords.), *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. I, 2006,

- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995”, en *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao, 2002.
- DE LUCAS, J.: Inmigración y globalización: acerca de los presupuestos de una política de inmigración, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, nº 1, 2003.
- GÁMIZ, M. y VALDERRAMA, J.: “El proyecto de reforma del Código Penal. La sustitución de las penas por expulsión a los extranjeros residentes”, diciembre 2013, p. 1. Recurso electrónico disponible en: <http://www.pensamientocritico.org/mangam1213.htm>
- GIL ARAÚJO, S.: “Muros alrededor de “el Muro”. Prácticas y discursos en torno a la inmigración en el proceso de construcción de la política migratoria comunitaria”, en Martín Palomo, M. T., Miranda López, M. J. y Vega Solís, C. (ed.), *Delitos y Fronteras. Mujeres extranjeras en prisión*, Ed. Complutense, Madrid, 2005.
- GÓMEZ MOVELLÁN, A.: “Unión Europea, inmigración y el nuevo reglamento de la ley de “extranjería”: un comentario crítico”, en *Jueces para la democracia*, Nº 26, 1996.
- GONZÁLEZ CAMPO, E.: “La expulsión del extranjero como sustitutivo penal en la reforma del Código Penal y en la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, nº4, 2003.
- GRACIA MARTÍN, L. y ALASTUEY DOBÓN, C.: “Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad”, en Gracia Martín, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2012.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, Valencia, 1998.
- CUGAT MAURI, M.:” La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros”, en Quintero Olivares, G. (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Navarra, 2010.
- GUISOLA LERMA, C.: “La reforma del Código Penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de penas privativas de libertad (artículo 89)” en Álvarez García, F. y González Cussac, J. L. (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- IZQUIERDO ESCUDERO, F. J.: “Naturaleza jurídica de las sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal: comentario al auto del Tribunal Constitucional 106/1997, de 17 de abril”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 5 (1997).
- JUANATEY DORADO, C.: “La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro de las penas y los principios constitucionales del Derecho Penal”, en *La Ley Penal*, nº 9, 2004.
- LAURENZO COPELLO, P.: “Últimas reformas en el Derecho Penal de extranjeros. Un nuevo paso en política de extranjería”, en *Jueces para la democracia*, Nº50, 2004.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica. De la suspensión de la ejecución, de la sustitución de las penas y de la libertad condicional”, en *Diario La Ley*, nº 7991, 2012.

- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis del CP*, Barcelona, 2007.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SÁNCHEZ TOMÁS J. M., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., GARCÍA ESPAÑA, E., GIMBERNAT ORDEIG, E., GONZÁLEZ GARCÍA, J., PÉREZ ALONSO, E., PÉREZ MANZANO, M., PÉREZ TREMP, P., PÉREZ VERA, E., REVENGA SÁNCHEZ, M., SAIZ ARNÁIZ, A., REY MARTÍNEZ, F., RÍOS MARTÍN, J. C., VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: “Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la Ley”, Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE, junio 2014, Recurso electrónico disponible en: <http://eprints.ucm.es/25993/>
- MARTÍNEZ PARDO, V. J.: “La expulsión de los extranjeros como sustitutiva de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad”, en *Revista de l’Institut d’Investigación en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, 2012. Recurso electrónico disponible: <http://www.uv.es/recrim12/recrim12a01.pdf>
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, 2011.
- MIRÓ LLINARES, F.: “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España ¿protección o exclusión penal del inmigrante?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2008, núm. 10.
- MONCLÚS MASÓ, M.: “La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta”, en *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, nº 94, 2001.
- MONCLÚS MASÓ, M.: Tesis Doctoral. La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de flujos migratorios, Barcelona, 2005.
- MORENA-TORRES HERRERA, M^a. R.: “La pena en la legislación penal española (I)”, en Zugaldía Espinar, J. M^a. (dir.), Moreno-Torres Herrera, M^a. R. (coord.), *Fundamentos de Derecho Penal Parte Incorpora la LO 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal*, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal Parte General*, Valencia, 2010.
- MUÑOZ LORENTE, J.: “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del Código Penal tras su reforma por la ley orgánica 11/2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº extra 2, 2004.
- NAVARRO CARDOSO, F.: “Expulsión “penal” de extranjeros: una simbiosis de Derecho Penal “simbólico” y Derecho Penal del “enemigo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología 2ª Época*, nº17 (2006).
- ORTIZ GONZÁLEZ, A. L.: “Prisión, extranjería, reeducación y reinserción: realidades difíciles de hacer compatibles. (Comentario sobre el Acuerdo del Consejo de Ministro de 1 de julio de 2005, relativo al procedimiento para autorizar actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional)”, en *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, Nº 16.
- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 2ª Edición actualizada conforme a la LO 5/2010, Valencia, 2010.
- PORTILLA CONTRERAS, G.: “El Derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en Borja de Qui-

- roga, J., Zugaldía Espinar, M. M. (coords.), *Dogmática y la ley penal, Libro-homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, 2004,
- QUILES MARTÍN, S.: “Expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España”, noviembre 2011. Recurso electrónico disponible en: www.legaltoday.com
- RODRIGUEZ YAGÜE, C.: “El sistema penal y sus políticas de arraigo-desarraigo ante la delincuencia de inmigrantes”, en *Los Actores de las Políticas Sociales en Contextos de Transformación. III Congreso Anual de la REPS*.
- RODRÍGUEZ CANDELA, J. L.: “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”, en *Revista de Jueces para la Democracia*, nº33, 1998.
- RODRÍGUEZ-RAMOS LADAIRA, G.: “Comentario al artículo 89 del Código Penal”, en Rodríguez-Ramos, L. (dir.), Martínez Guerra, A. (coord^a), *Código Penal Comentado*, Madrid, 2010.
- SALINERO ECHEVARRÍA, S.: “La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”, en *Política Criminal*. Vol.6, nº11 (julio 2011), pp. 106 y 107. Recurso electrónico disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol611A4.pdf
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: “Artículo 89”, en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, 2010.
- SOUTO GARCÍA, E. M^a.: “Algunas notas sobre la función del Derecho Penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión”, en Fardalo Cabana P., Puente Aba, L. M^a. y Souto García, E. M^a. (coords.), *Derecho de Excepción, Terrorismo e Inmigración*, Valencia 2007.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M^a.: “Extranjería, inmigración y sistema penal, en Rodríguez Mesa, M^a. J. y Ruiz Rodríguez, L. R. (coords.), *Inmigración y sistema penal*, Valencia, 2006.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M^a.: “Inmigración, mafias y sistema penal”, en Ruiz Rodríguez, L. R. (coord.), *Sistema Penal y Exclusión de Extranjeros*, Barcelona, 2006.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M^a.: “Reflexiones y propuestas de inmigración. En torno al Proyecto de Reforma del Código Penal de 2009”, en *Indret*, enero 2010.
- TORRES FERNÁNDEZ, E.: *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, Madrid, 2012.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio, 2010*.
- VELÁZQUEZ VIOQUE, D.: “Expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España”, en Ortiz de Urbina GIMENO, I. (coord.), *Memento Experto Reforma Penal 2010*, Madrid, 2010.