

LA CUARTA REFORMA DEL ARTÍCULO 89 DEL CP RELATIVO A LA EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO CONDENADO A PENA DE PRISIÓN

María Marta González Tascón

Profesora contratada doctora de Derecho penal
Universidad de Oviedo

Resumen: La sustitución de la pena de prisión impuesta a un ciudadano extranjero por su expulsión del territorio español en lugar de la aplicación de los mismos mecanismos alternativos a la prisión que a un ciudadano español es una cuestión muy controvertida en España cuya existencia, sin embargo, se perpetúa tras la última gran reforma del sistema de sanciones penales producida por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. El presente trabajo tiene como objetivo principal la exposición y valoración de las modificaciones que ha experimentado esta institución con la citada reforma, entre las que se encuentran algunas que han de ser valoradas positivamente, como la consideración que reciben los fines de las penas y el papel que se atribuye a las circunstancias personales del condenado, y otras de difícil comprensión, así la extensión de la medida a los ciudadanos de la Unión Europea.

Palabras claves: Derecho penal, sistema de penas, expulsión de extranjeros, personas extranjeras, ciudadanos de la Unión Europea.

Recibido: julio 2015. Aceptado: octubre 2015

Abstract: The substitution of imprisonment sentenced imposed on foreign offender for his expulsion from the Spanish territory instead of being considered for the same range of non-custodial sanctions or measures as national offenders is a controversial issue in Spain whose existence, however, is perpetuated after the last major reform of the system of criminal sanctions by Criminal Law 1/2015, of 30 March. The present article has as main objective the presentation and assesment of amendments experienced by this mechanism after its reform. Among the changes it would highlight the most positive consideration received by the purposes of punishment and the role attributed to the personal circumstances of the offender. It is difficult to understand, however, the reason that the measure could be apply to citizens of the European Union.

Keywords: Criminal law, penalty system, expulsion of foreign people, foreign people, citizens of the European Union.

Sumario: I. Introducción. II. Líneas de las anteriores redacciones del artículo 89. III. El artículo 89 del CP a la luz de la reforma del CP por LO 1/2015, de 30 de marzo: 1. Consideraciones generales. 2. Destinatarios. 3. Penas sustituibles. 4. Regímenes y criterios de sustitución. 5. Factores impeditivos de la expulsión. 6. Particularidades de la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea y asimilados: a) Confrontación con el Derecho de la Unión Europea. b) Precisiones sobre el régimen de sustitución. 7. Quebrantamiento de la prohibición de regreso. 8. Cuestiones procesales.

I. Introducción

El 1 de julio de 2015 entró en vigor la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (CP), publicada en el BOE de 31 de marzo de 2015¹. Se culminaba así un nuevo y amplio proceso

1 Así lo dispuso la disposición final octava de la LO 1/2015. Ese mismo día se publicaba una segunda modificación del CP operada por la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, en materia de delitos de terrorismo, cuya entrada en vigor se fijó

de reforma de nuestro CP, que hundiría sus raíces en el año 2012 con la presentación por el Ministerio de Justicia de un primer Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, de 16 de julio, que con modificaciones y la ampliación de los objetivos daría lugar a un segundo anteproyecto de reforma, que vería la luz pocos meses después, en octubre de 2012². A éste le sucedería un tercer anteproyecto de reforma, fechado el 3 de abril de 2013³, que introducía cambios importantes en la propuesta inicial gubernamental, algunos frutos de observaciones formuladas por los órganos de consulta obligada y otros sin que hubiesen sido sometidos a su consideración⁴. Finalmente se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG), el 4 de octubre de 2013, el Proyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP; proyecto cuya tramitación se vería agilizada, tras el transcurso de un plazo de presentación de enmiendas de más de un año, con el cambio de titular en el Ministerio de Justicia y la proximidad de la elecciones municipales y autonómicas, y

también para el 1 de julio de 2015 (disposición final tercera). La tramitación de esta ley se encauzó a través de la Proposición de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, en materia de delitos de terrorismo, que conjuntamente presentaron el Grupo Parlamentario Popular y el Grupo Parlamentario Socialista el 3 de febrero de 2015, con el trasfondo del atentado terrorista contra el semanario satírico francés Charlie Hebdo el 7 de enero de 2015.

- 2 Sobre este último informarían el Consejo General del Poder Judicial (Informe de 17 de enero de 2013) y el Consejo Fiscal (Informe de 8 de enero de 2013).

Un análisis del mismo se realiza en Álvarez García, F. J. (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

- 3 Se pronunció al respecto el Consejo de Estado (Informe de 27 de junio de 2013) y también se pidió opinión al Consejo General de la Abogacía Española.
- 4 *Vid.* Álvarez García, F. J., «Problemas en la tramitación del Anteproyecto de reforma del Código penal de 2012», en *ReCrim*, 2013, pp. 72-75; Manzanares Samaniego, J. L., «Nuevo Anteproyecto de Código Penal de 3 de abril de 2013. Novedades de la parte general», en *RJL*, 2013, nº. 8108, p. 1.

que terminaría siendo aprobado con modificaciones como LO 1/2015.

Entre los objetivos principales de esta reforma se encuentra la modificación del sistema de sanciones penales, cuestión sobre la que ya se ha incidido, desde la revisión profunda de aquel por la LO 10/1995, en múltiples ocasiones, así la LO 11/1999, la LO 14/1999, la LO 7/2003, la LO 11/2003, la LO 15/2003, la LO 1/2004, la LO 15/2007 o la LO 5/2010. Siendo muchos y diversos los cambios operados por la LO 1/2015, el presente trabajo está dedicado única y exclusivamente a la realización de un primer análisis de las repercusiones que la nueva reforma va a tener en el mecanismo de sustitución de la pena en atención a la condición de extranjero del condenado por su expulsión del territorio español regulado en el artículo 89 del CP. Un mecanismo que desde su incorporación al CP ha sido objeto de un gran cuestionamiento al ser percibido por muchos como una auténtica instrumentalización del Derecho penal al servicio del control de los flujos migratorios en detrimento o renuncia a los diversos fines de la pena (retribución, prevención general y especial); a principios básicos de nuestro Derecho penal, como el principio de proporcionalidad, el principio de humanidad o el principio de igualdad ante la ley penal; a la propia consideración de los derechos humanos, muy en particular el derecho a la vida familiar y el derecho a la vida privada reconocidos en el artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (CEDH); o incluso en perjuicio del legítimo resarcimiento de los daños causados por el delito a las víctimas⁵.

La finalidad prioritaria de la expulsión del territorio español a aquel extranjero que con arreglo a la legislación de

5 Obsérvese que siendo la expulsión del extranjero una respuesta muy generalizada en los países de nuestro entorno, opera en ellos principalmente tras el cumplimiento de la pena; *vid.* Díaz y García Conlledo, M., (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, pp. 47-137.

extranjería no cumpliría los requisitos establecidos por la misma para entrar o residir legalmente en España, entre los que se encuentran algunos vinculados con la comisión de hechos delictivos⁶, por otra parte, constituye un auténtico desaliento para el desarrollo del ideal de reeducación y reinserción social en nuestras prisiones ante la imposibilidad jurídica de que determinados condenados puedan llegar a formar parte de la sociedad española. En consecuencia la vía de la expulsión se va a ver favorecida en su logro por una política penitenciaria limitada en recursos y necesitada de respuestas para reducir una tasa de población penitenciaria de las más elevadas de la Unión Europea⁷, en la que se observa una importante presencia de personas extranjeras, cuya representatividad en el conjunto de la población no ha descendido del 30% desde el año 2005, constituyendo además una sobre-representación de la población extranjera en las prisiones⁸. Así

6 Vid. González Tascón, M. M., «La expulsión judicial del extranjero condenado penalmente», en Bernal del Castillo, J., (dir.), *Delito y minorías en países multiculturales*, Ed. Atelier, Barcelona, 2014, pp. 73-77.

7 García España, E./ Díez Ripollés, J. L., (dirs.), *Realidad y políticas penitenciarias. Informe ODA 2010/2011*, Ed. Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Sección Málaga, 2012, pp. 38-39, disponible en <http://www.oda.uma.es/informes/Informe-ODA-2011.pdf> (consulta 14-04-2015), indican que en 2009 la tasa de la población penitenciaria era de 161 personas por cada 100.000 habitantes, siendo la media de la Unión Europea de 136,8. Montero Pérez de Tudela, E./ Nistal Burón, J., «La población penitenciaria extranjera en España: evolución y características», en *REDMEX*, 2014, n.º. 37, p. 112, recogen que la tasa de encarcelación en julio de 2014 era de 144 personas por cada 100.000 habitantes.

8 De acuerdo con la investigación de García España, E./ Díez Ripollés, J. L., (dirs.), *Realidad y políticas penitenciarias. Informe ODA 2010/2011*, cit., pp. 46-49, la población penitenciaria extranjera representaba en el año 2009, el de mayor tasa de población penitenciaria en nuestro país desde que entrara en vigor el CP vigente, el 34,69% de la población penitenciaria en España mientras que la media europea era de 22%. Los extranjeros comunitarios representan un 18,6%, estando la media europea en 34,6%. Los extranjeros privados de libertad cautelarmente superaban ligeramente el 30%, siendo la media europea más alta, un 38%. En los años siguientes, señalan Montero Pérez de Tudela, E./ Nistal Burón, J., «La población penitenciaria extranjera en España: evolución y características», cit., pp. 112-116, la población penitenciaria extranjera se habría reducido en mayor medida que el

las cosas, Instituciones Penitenciarias estaría también estimulando la adopción de medidas de repatriación de los extranjeros, si bien bajo el pretexto de facilitarles una mejor reinserción social mediante el traslado del condenado al país del que es nacional, entre las que se incluiría la expulsión del artículo 89 del CP⁹.

Con la entrada en vigor de la LO 1/2015 la regulación de la sustitución de la pena impuesta al extranjero por expulsión, como apuntamos, experimenta una serie de cambios que explicaremos y valoraremos seguidamente tras realizar una breve reseña de los puntos más sobresalientes de las anteriores regulaciones legales de la cuestión. No obstante, procede aunque sólo sea apuntar que el Proyecto de reforma de LO por la que se modifica la LO 10/1995, del CP, de octubre de 2013, tam-

resto de la población penitenciaria; concretamente resaltan que entre 2009 y 2014 la población penitenciaria se redujo en 10.186 personas y la población penitenciaria extranjera en 7157. Esta tendencia también es observada por Montero Hernanz, T., «La evolución de la población penitenciaria en España: datos para un diagnóstico», en *RDPP*, 2014, n.º. 34, p. 111, quien señala que a partir de 2009 la tendencia alcista de extranjeros en prisiones españolas comienza a descender, pudiéndose apreciar hasta 2013 un descenso del 22,26% mientras que la población interna española sólo había descendido un 6,68 %.

- 9 Así por lo que se refiere a los centros penitenciarios gestionados por la Administración catalana, Comas d'Argemir, M./ Sánchez-Albornoz, C./ 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, p. 21, señalan que se accede al tercer grado penitenciario en un corto período y que los internos solicitan su expulsión con el informe favorable de la Junta de Tratamiento. Este trabajo se encuentra disponible en: <http://www.juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2012/PoneciaVa2012/SUSTITUCION%20PENAL%20POR%20EXPULSION.pdf>. (consulta 22-04-2015).

Otras medidas orientadas al cese del cumplimiento de la pena dentro de una prisión española serían la libertad condicional en el país de origen (art. 197 RP) y el traslado de personas condenadas en aplicación del derecho internacional. Sobre ellas, por ejemplo, Montero Pérez de Tudela, E., «La extranjería en prisión. Las distintas medidas repatriativas en el ámbito penitenciario según la clase de extranjero», en *RJL*, 2014, n.º. 8394, pp. 1-19.

bién contemplaba la afectación en algunos extremos del artículo 108 del CP dedicado a la igualmente cuestionada medida de seguridad de expulsión del extranjero no residente legalmente en territorio español¹⁰. Sin embargo, el decaimiento de la finalidad de modificar el sistema de medidas de seguridad durante la tramitación parlamentaria de la ley, determinaría finalmente la renuncia a cualquiera de las propuestas de modificación contempladas en este campo y, en consecuencia, la perpetuación de la regulación legal procede de la tan discutida reforma operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros¹¹.

10 Este cuestionamiento se produce desde el momento en que la expulsión es incapaz de cumplir el único fin asignado a la medida de seguridad, esto es, la prevención especial, que exige que esa respuesta penal esté dirigida a hacer a su destinatario inofensivo para la sociedad, en el sentido de que no vuelva a cometer nuevos delitos, ya sea mediante un tratamiento educativo, resocialización o a través de la inocuización o aseguramiento, pues el hecho de que esa persona sea expulsada de un determinado territorio sólo produciría un mero efecto de desplazamiento de su peligrosidad criminal. En este sentido Tamarit Sumalla, J. M., «Artículo 89», en Quintero Olivares, G., (dir.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I. Arts. 1 a 233*, 6ª ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 613- 614.

11 El objetivo de modificar el sistema de medidas de seguridad, que había sido recortado antes de la presentación del proyecto de ley, desaparece en la tramitación parlamentaria de la misma, pudiendo señalarse desde esta perspectiva que la reforma se ha limitado finalmente a extender la medida de seguridad de libertad vigilada acumulada a la correspondiente pena de forma facultativa y de cumplimiento posterior a ésta para los responsables penales de delitos de homicidio (art. 140 *bis*), de los delitos de lesiones si la víctima fuere alguna de las personas víctimas de violencia de género y violencia doméstica o asimilada (art. 156 *ter*) y del delito de violencia habitual en el ámbito doméstico o asimilado (art. 173.2). Supuestos que se sumarían a los dos introducidos en la reforma del CP por LO 5/2010, referidos a los condenados por delitos sexuales (art. 192) y a los condenados por delitos de organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo (ahora recogidos en el artículo 579 *bis* obra de la ya citada LO 2/2015).

II. Líneas de las anteriores redacciones del artículo 89

La regulación de la expulsión judicial del extranjero condenado penalmente prevista en el artículo 89 del CP tiene tras de sí una agitada historia de la que han sido protagonistas no sólo el Legislador sino también nuestros más altos tribunales. Precisamente los esfuerzos de éstos por armonizar la regulación legal de este mecanismo con el conjunto del ordenamiento jurídico en aras de solventar manifiestas e importantes deficiencias en la configuración legal de esta institución, reiteradamente denunciadas por la doctrina, habrían sido considerados en las dos últimas reformas del artículo 89, las ejecutadas por la LO 5/2010 y la LO 1/2015.

Desde la incorporación de esta expulsión al CP y hasta el momento presente el comentado artículo 89 ha tenido cinco redacciones, resultando interesante aunque sea de forma breve resaltar las líneas de cada una de ellas para una mejor comprensión de las repercusiones de la LO 1/2015 en esta modalidad de sustitución de la pena.

La primera versión del artículo 89, obra de la LO 10/1995, establecía la posibilidad de sustituir las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España por su expulsión del territorio español así como la posibilidad de sustituir la pena de prisión igual o superior a seis años impuesta al condenado extranjero una vez que éste hubiese cumplido las tres cuartas partes de la condena; en ambos casos la expulsión llevaba aparejada la prohibición de regresar a España en un plazo de tres a diez años. Bajo estos parámetros la expulsión se perfilaba como una opción resultante del ejercicio de una facultad judicial discrecional¹², que, considerando la inexistencia de algún criterio que pudiera guiar la decisión del órgano judicial, le permitía equilibrar las exigencias propias del Derecho penal y las necesidades de la política de inmigración. Se trataban algunas cuestiones de naturaleza procesal, de

12 Así sentencia del Tribunal Constitucional nº. 203/1997 y auto nº. 33/1997.

las que la más interesante desde una visión retrospectiva de la regulación de esta expulsión sería la necesidad de oír al penado antes de adoptar la decisión correspondiente. Y se atendía a las consecuencias del incumplimiento o intento de incumplir la prohibición de regreso que lleva aparejada la expulsión.

Rápidamente la propia existencia de esta institución generó gran controversia en la doctrina al ser ciertamente difícil determinar su naturaleza jurídica¹³. A ello se unirían diferencias interpretativas en relación con alguna de sus disposiciones en atención a su tenor literal, así, por ejemplo, se planteaba si la sustitución parcial tenía un destinatario más amplio que la sustitución íntegra, comprendiendo a todo extranjero y no sólo al que no residía legalmente en España¹⁴. Pero más interesante en estos momentos sería recordar que el Tribunal Constitucional (Sala primera) en su Auto nº. 106/1997, de 17 de abril, afirmó que la aplicación del artículo 89 “no estaría legalmente justificada de procederse a una aplicación «indiscriminada» de la medida de expulsión, por el simple hecho de tener el condenado la condición de extranjero no residente legalmente en España” (FJ. 5º), reiterando al tiempo su doctrina sobre “las resoluciones judiciales que afectan a derechos fundamentales y, más concretamente, al contenido en el art. 17.1 CE, en el sentido de que toda denegación de acceso a la libertad debe ir acompañada de una precisión de las razones legales conducentes a dicha negativa, a fin de que el afectado pueda conocerlas, «so pena de incurrir el órgano judicial ... en una vulneración del derecho a obtener una resolución judicial motivada» (por todas, STC 154/1995, FJ. 4º)”, (FJ.

13 Vid. González Tascón, M. M., «La expulsión judicial del extranjero condenado penalmente», cit., pp. 54-56.

14 Vid., por ejemplo, Asúa Batarrita, A., «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración», en Lorenzo Copello, P., (coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 87, y Flores Mendoza, F., «La expulsión del extranjero en el Código penal español», en Lorenzo Copello, P., (coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, cit., p. 112.

2º). Consiguientemente, y también en palabras de este tribunal “la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad (STC 224/1992, FJ. 3º)”, (FJ.3º). En este orden de cosas, la legitimidad de esta institución se hace depender de los criterios que se utilicen en la ponderación de los intereses en conflicto¹⁵, representado en este caso por el deseo del Legislador de excluir al extranjero al que no ha etiquetado como “deseado” o “conveniente” y los fines de las penas.

La primera de las modificaciones que experimentó este artículo tuvo lugar por LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), la cual, en su disposición adicional segunda, establecía la incorporación de un cuarto número al artículo 89 que excluía la aplicación de las disposiciones del citado artículo a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de los delitos de los artículos 312, 318 *bis*, 515.6, 517 y 518 del CP, esto es, los delitos de tráfico ilegal de personas, delitos contra los derechos de los extranjeros y el delito de asociación ilícita para promover el tráfico ilegal de personas. Esta disposición resultaba acorde con el nuevo artículo 57.8 de la LOEX en el que se ordenaba que la expulsión de los extranjeros, residentes o no, que hubiesen sido condenados por esos delitos se llevase a efecto una vez cumplida

15 Así Maqueda Abreu, M. L., «¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?», en Zugaldía Espinar, J. M./ Roca Roca, E., (coords.), *Los derechos humanos: libro homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Ed. Universidad de Granada, Granada, 2001, p. 515, quien además considera que la única lectura constitucional del artículo 89 obligaría a tener en cuenta en su aplicación los márgenes de la sustitución como auténtica alternativa a la privación de libertad (p. 518).

la pena privativa de libertad¹⁶. No obstante, la automática exclusión de la expulsión sólo de los condenados por estos delitos únicamente se entendería por el contexto en que se elabora la norma, el de la lucha contra la inmigración ilegal; siendo así, sin embargo, no existiría explicación razonable a que no se aludiese también al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España del artículo 313 del CP¹⁷, omisión que se subsanaría en la reforma operada en el CP por la LO 5/2010.

La segunda de las reformas del artículo 89, fuerte y reiteradamente cuestionada a nivel tanto doctrinal como jurisprudencial, se produjo con la entrada en vigor de la ya mencionada LO 11/2003, que llevó a cabo diversos cambios en la regulación, algunos muy significativos. En primer lugar, el carácter potestativo de la sustitución desapareció, articulándose la expulsión como una medida imperativa que únicamente podría dejar de aplicarse si la naturaleza del delito justificaba el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, suprimiéndose al tiempo, y en consonancia con la reafirmación de la filosofía que envolvía a la expulsión, la audiencia del penado, a pesar de la crítica formulada por parte del Consejo General del Poder Judicial¹⁸. Esto dio lugar a una interpretación de la norma favorable a que sólo fuese objeto de motivación la decisión ju-

16 Unos años antes ya se había proyectado una reforma del artículo 89.1 encauzada a través del Proyecto de LO reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (BOCG, Congreso de Diputados, de 29 de abril de 1997, Serie A, nº. 41).

17 En relación con este olvido Navarro Cardoso, F., «Expulsión 'penal' de extranjeros: Una simbiosis de derecho penal 'simbólico' y derecho penal del 'enemigo'», en *RDPCrUNED*, 2006, nº. 17, p. 158, ponía de relieve que la víctima de este delito, por vía de la LOEX, y el autor del mismo, por vía del CP, recibían la misma respuesta: expulsión.

18 *Vid.* Consejo General del Poder Judicial, Informe de 26 de febrero de 2003 al Anteproyecto de LO de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, p. 48. Diferente criterio sostuvo la Fiscalía General del Estado en su informe al citado anteproyecto (publicado, por ejemplo, en *AP*, 2003, nº. 15, p. 12).

dicial que no concediese la expulsión, que sería rechazada por el Tribunal Supremo¹⁹; oponiéndose también la jurisprudencia a que el único dato de ponderación de la procedencia del cumplimiento de la pena en un centro penitenciario español fuese la naturaleza del delito²⁰. Una postura también defendida por la Fiscalía General del Estado en su Circular, n° 2/2006, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, que apelaba a la necesidad de estudiar las circunstancias concretas del penado, arraigo y situación familiar, siendo a tal fin indispensable el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. En segundo lugar, se extendió la expulsión a aquellos que accedían al tercer grado penitenciario. En tercer lugar, se saldó en favor de la expulsión la controversia relativa a la relación entre esta institución y el resto de formas sustitutivas de la pena contenidas en el mismo capítulo que aquella, esto es, la suspensión condicional de la ejecución de las penas privativas de libertad y la sustitución de las penas privativas de libertad por otras penas menos gravosas, excluyéndose la aplicación de los artículos 80, 87 y 88 del CP. En cuarto lugar, se estableció un plazo único de duración de la prohibición de regresar a España, cifrado en 10 años, y, en todo caso, mientras no hubiese prescrito la pena, con lo cual se ampliaba y unificaba el período de duración de la prohibición de entrada en territorio español. En quinto lugar, la devolución del extranjero expulsado en aplicación del artículo 89 implicaba también que el plazo de prohibición de entrada comenzase de nuevo a computarse en su integridad. En sexto lugar, se decretó que la expulsión llevaba consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. Y en séptimo lugar, seguramente por

19 Así SSTS n° 710/2005, de 7 de junio (FJ. 2°); n° 1099/2006, de 13 de noviembre (FJ. 4°).

20 Igualmente el Consejo General del Poder Judicial en su Informe de 26 de febrero de 2003 al Anteproyecto de LO de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, p. 47. No así el Consejo Fiscal en su correspondiente informe a este anteproyecto, cit., p. 11.

la realidad práctica de la ejecución de la expulsión, inmersa en dificultades de distinto tipo (desconocimiento del territorio de destino del extranjero; disponibilidad económica para afrontar los gastos del traslado)²¹, se pronunció la norma sobre la manera de proceder en caso de que la expulsión acordada no pudiera ejecutarse, acogiendo el planteamiento de la procedencia del cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente²².

Bajo esta regulación se dictaría la famosa sentencia del Tribunal Supremo nº. 901/2004, de 8 de julio, de la que habría que extraer una observación importante por ser condicionante de una regulación legal de esta expulsión ajustada a derecho²³,

21 *Vid.* Campaña Estatal por el Cierre de los CIE, *Paremos los vuelos. Las deportaciones de inmigrantes y el boicot a Air Europa*, Ed. Cambalache, Oviedo, 2014.

22 *Vid.* entre otros, Muñoz Lorente, J., «La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la LO 11/2003», en *RDPCrUNED*, 2004, nº extraordinario 2, pp. 401-482; Rodríguez Mesa, M. J., «La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica», en Rodríguez Mesa, M. J./ Ruíz Rodríguez, L. R., (coords), *Inmigración y sistema penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 272-288; Díaz y García Conlledo, M., (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, cit., pp. 591-694.

23 Esta sentencia ha sido objeto de algunos comentarios que, en general, estando de acuerdo con el fondo de la resolución, suelen críticamente llamar la atención sobre la asunción por el Tribunal Supremo de una función propia del Tribunal Constitucional (Arias Senso, M. «Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004», en *R/L*, 2005, nº. 6160, pp. 1497-1509) y abogan por una interpretación de la norma sin aplicar los criterios correctores de naturaleza garantista que introduce el Tribunal Supremo mediante los que se altera el sentido de la voluntad de la ley y por el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (así Hurtado Adrián, A. L., «Formación legislativa y análisis de una línea de aplicación judicial», en Vieira Morante, F. J., (dir.), *Las penas y sus alternativas*, Ed. CGPJ, Madrid, 2005, pp. 239-262; Muñoz Cuesta, F. J., «¿Es necesario el trámite de audiencia para proceder a la expulsión de un extranjero no residente que ha cometido un delito en España?», en *Repertorio de Jurisprudencia*, nº. 19/2004, p. 18; Durán Seco, I., «El extranjero delincuente “sin papeles” y la expulsión (a propósito de

que no es otra que la relativa a que “la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, hace imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia y la motivación de la decisión”. Dicho de otra forma, la adopción de una decisión de expulsión, debido a que ésta puede afectar directamente a algunos derechos humanos, obliga siempre a la realización de un juicio individualizado sobre la procedencia de tal medida, de forma que la misma no resulte desproporcionada. Y dada la naturaleza del juicio de ponderación, que requiere de la consideración de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar, se hace imprescindible la audiencia del penado y la motivación de la decisión para su eventual control²⁴. De esta doctrina del Tribunal Supremo se haría eco el Gobierno en los trabajos prelegislativos de reforma del artículo 89 que se sucedieron desde entonces, Anteproyecto de reforma del CP de 2006, Proyecto de 15 de enero de 2007, Anteproyecto de julio de 2008 y Proyecto de 27 de noviembre de 2009²⁵, si bien a tenor de todas y cada una de

la STS 8-7-2004)», en *RDPCrUNED*, 2005, n.º 15, pp. 345-347). El propio ponente de la sentencia también ha escrito sobre el particular: Giménez García, J., «La sustitución de las penas de prisión. Especial referencia a la expulsión de extranjeros», en Vieira Morante, F. J., (dir.), *Las penas y sus alternativas*, cit., pp. 213-235. Interesante es también por lo que se refiere a los criterios a tomar en consideración para no acordar la expulsión la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (2ª), n.º 311/2008, de 8 de septiembre, en la que la cuestión controvertida se enfoca como un problema de ley aplicable, CP o CEDH.

24 Así SSTS n.º 1400/2005, de 23 de noviembre, n.º 832/2006, de 24 de julio, n.º 588/2012, de 29 de junio.

25 *Vid.* sobre el anteproyecto de 2006 García Conlledo, M./ Durán Seco, I., «La expulsión de extranjeros en el anteproyecto de 2006 de reforma del Código penal: algunas reflexiones de urgencia», en *RJL*, 2006, n.º 6612, pp. 1765-1770; sobre el proyecto de 2009 Terradillos Basoco, J. M., «Reflexiones y propuestas sobre inmigración. En torno al Proyecto de reforma del Código Penal de 2009», en *InDret*, 2010, n.º 1, pp. 6-12.

las exposiciones de motivos de estos textos el motivo principal que guio la propuesta de reforma en la línea de volver al régimen discrecional originario de expulsión, desdibujada, no obstante ya en el Proyecto de 2009 al declararse el carácter preferente de la expulsión salvo que se apreciase que la naturaleza del delito justificaba el cumplimiento de la pena, habría sido el reconocimiento de que la expulsión tenía que tener “un carácter preventivo a la par que disuasorio”.

Aunque no afectó al tenor de las disposiciones contenidas en el artículo 89, pero sí a la regulación de este tipo de expulsión, es interesante recordar también la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, del Poder Judicial, cuya disposición adicional decimoséptima se refiere a la obligación de las comunicaciones de los órganos judiciales a la autoridad gubernativa en relación con extranjeros.

La penúltima de las reformas que ha experimentado el artículo 89 del CP se produjo con la entrada en vigor de la LO 5/2010. Las modificaciones que esta reforma introdujo, aunque en la Exposición de Motivos de esa ley nada se dijese al respecto, pretendían adecuar la regulación legal de la expulsión a las exigencias derivadas de su integración en el conjunto del ordenamiento jurídico, exigencias puestas de manifiesto, como hemos recordado, por las máximas instancias judiciales, aún, en algún caso, a costa de asumir un papel que no le sería propio. En este punto la reforma tuvo de positivo devolver a la ley la función creadora de Derecho penal. Asimismo respondía a una nueva reflexión sobre el coste criminológico que supone priorizar la expulsión del extranjero no “deseado” sobre el tratamiento de la delincuencia acorde con la filosofía de los instrumentos propiamente penales.

Básicamente las aportaciones de esta reforma habrían sido la modificación del régimen de aplicación de la expulsión, que dejaría de ser un régimen automático para convertirse en un régimen preferente; la diversificación de las razones que podían justificar la no expulsión, dando cabida bajo la expresión “razo-

nes que justifiquen el cumplimiento en España” a todos aquellos factores que el Tribunal Supremo había considerado de obligada atención²⁶, esto es, consideraciones de prevención general y especial con la mirada puesta en que el fin de prevención de la pena no se viera tan gravemente perjudicado por mor de la política de inmigración y también a la ponderación de circunstancias de naturaleza personal desde cuya contemplación la expulsión podría resultar una sanción desproporcionada (principalmente se pensaba en el arraigo del extranjero en España, pero también cabría la ponderación del peligro al que quedarían expuestos derechos fundamentales de todo ser humano, como la vida, la integridad física y moral o la libertad, en caso de regresar a su país de origen)²⁷; la recuperación del requisito de la previa audiencia del acusado o penado, dependiendo del momento procesal en el que se resuelva esta cuestión; la ampliación del momento procesal hábil para pronunciarse sobre la expulsión²⁸; la generalización de la expulsión en sustitución parcial de cualquier pena privativa de libertad; la búsqueda de cierta proporcionalidad entre la pena

26 Por todas, por ejemplo, la STS nº 853/2010, de 15 de octubre, FJ. 4º.

27 Sin embargo, Fernández Arévalo, L., «Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010 (I)», *REDMEX*, nº. 24, 2010, pp. 23-25, considera que la voluntad de la ley estaba dirigida únicamente a impedir la expulsión en atención a las exigencias de prevención positiva o de retribucionismo punitivo, aunque tal opción fuese rechazable a la luz de la normativa internacional.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad de los delitos y de las penas igualmente se ve afectado cuando independientemente de la distinta gravedad del hecho la respuesta es la misma, en este caso, expulsión para los extranjeros no residentes legalmente en España. Así Comas d'Argemir, M./ Sánchez-Albornoz, C./ Navarro, E., «Sustitución de la pena por expulsión: principio de proporcionalidad, audiencia del acusado y del penado, distintas fases procesales (artículo 89 CP)», cit., p. 10.

28 En la anterior regulación, el artículo 89 disponía que la expulsión, fuese íntegra o parcial, se autorizase en la sentencia. No obstante, el Tribunal Supremo mantuvo una línea jurisprudencial favorable a admitir la posibilidad de que tal decisión fuese acordada, con carácter excepcional, en fase de ejecución (así SSTS nº. 274/2006, 3 de marzo, nº. 610/2006, 29 de mayo, o nº. 1400/2005, 23 de noviembre). El mismo criterio mantuvo la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2006, 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.

sustituida y la prohibición de regreso mediante la sustitución de la duración fija y común a toda prohibición de regreso de 10 años por un marco temporal de cinco a diez años, dentro del cual habría que marcar la concreta duración por referencia a la duración de la pena sustitutiva y las circunstancias personales del penado; la remodelación del tratamiento del incumplimiento de la prohibición de regreso; el establecimiento en el CP de la posibilidad de controlar al condenado mientras espera su expulsión mediante su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros; la desaparición de la expresa exclusión de la aplicación de los artículos 80, 87 y 88 a favor de la expulsión y el reconocimiento expreso de la posibilidad de aplicar la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la sustitución de ésta con arreglo al artículo 88 en aquellos casos en los que no fuese factible la expulsión ordenada; y finalmente la mención del delito del artículo 313 —determinación o favorecimiento de la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación o usando de otro engaño semejante— entre los delitos excluidos de la aplicación de este régimen de expulsión.

III. El artículo 89 del CP a la luz de la reforma del CP por LO 1/2015, de 30 de marzo

1. Consideraciones generales

La sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional de los extranjeros constituye a raíz de la reforma del artículo 89 del CP por LO 1/2015 el único supuesto de sustitución de penas que aparece regulado bajo la rúbrica “De la sustitución de las penas privativas de libertad”, sección 2ª del Capítulo III, “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”, del título III del Libro I del CP dedicado a las penas. Asistimos así a la paradoja de ver cómo una institución que difícilmente podría ser encuadrable en el plano de las medidas alternativas a las penas cortas de prisión desde un planteamiento orientado a la no desocialización y de promoción de la inserción social

de las personas, termina erigiéndose, por enunciado legal, en el referente de la sustitución de la pena, como consecuencia de la transformación de la sustitución de la pena de prisión del artículo 88, suprimido por LO 1/2015, en una nueva modalidad de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en aras, según la Exposición de Motivos de la mencionada ley, de incrementar la eficacia de la justicia penal (I y IV).

Ese mismo objetivo en combinación con un escrupuloso respeto de los derechos individuales, presentes ambos ya en los inicios del proceso de reforma²⁹, justificarían esta quinta versión del artículo 89, de acuerdo con la citada Exposición de Motivos (IV), en la que se entremezclan consideraciones pertenecientes a las penas y a los derechos humanos, por un lado, y atenciones a la política de inmigración y extranjería. Todo ello con vistas a hacer compatibles los objetivos de esa política con los fines preventivos de las penas, tanto de prevención general (inhibición de la comisión de conductas delictivas y afirmación del derecho por la ciudadanía) como de prevención especial (evitar la comisión de nuevos delitos por quien ya ha delinquido y facilitar su reinserción social o al menos su no desocialización).

En una primera lectura de este artículo se pondría de manifiesto que efectivamente se va a dotar de una mayor importancia a los fines de las penas a través de la revisión de la clase de pena en la que procede la expulsión, que se limitaría a la pena de prisión de duración superior a un año, o del papel que se concede a la defensa del orden jurídico y al restablecimiento de la confianza en la norma en este marco. Igualmente se destacaría el interés de la reforma por ponderar las consecuencias reales que para la persona expulsada arroja esta sustitución penológica, más allá de la mera contemplación de una limitación de la liber-

29 *Vid.* Terradillos Basoco, J. M./ Boza Martínez, D., «La expulsión del extranjero: Art. 88 CP», en Álvarez García, F. J., (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de Código penal de 2012*, cit., pp. 364-365; Nistal Burón, J., «El alcance en materia de expulsión judicial de la proyectada reforma del CP», *RJL*, 2013, nº. 8207, p. 1-6.

tad de circulación y residencia del extranjero³⁰. De esta forma se buscaría satisfacer las exigencias de proporcionalidad de la respuesta en relación con el hecho, situando en un primer plano, en el momento de adoptar la decisión sobre la expulsión, y junto a las circunstancias del hecho, a las circunstancias personales del autor, de manera destacada por el Legislador su arraigo en España. No sería ésta, sin embargo, la única concesión al principio de proporcionalidad que se manifestaría en esta reforma. Si bien con menor éxito, se trataría de evitar que la expulsión fuese una respuesta acumulada a la pena y se contempla la posibilidad de que en caso de que teniéndose que cumplir la pena sustituida por incumplimiento de la prohibición de regreso, pudiera reducirse la duración de la misma en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en que se produjo el incumplimiento; no obstante, sólo cuando su cumplimiento íntegro resulte innecesario para la defensa del orden jurídico y el restablecimiento de la confianza en la norma. Pero al mismo tiempo se extiende la expulsión a todo ciudadano extranjero, independientemente de su situación administrativa en España, aunque en el caso de los ciudadanos de la Unión Europea se diseña un régimen particular dirigido a otorgarles una mayor protección frente a la expulsión por exigencia del Derecho de la Unión Europea y además se persiste en la generalización de la sustitución por expulsión en la medida en que aún en los casos en los que entendiéndose por razones de prevención general justificado el cumplimiento de la pena en España se prevé finalmente la expulsión ya sea después de haber cumplido una parte de la pena ya sea cuando se acceda al tercer grado penitenciario o a la libertad condicional³¹.

30 Es interesante recordar que estas libertades de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos y nuestra Constitución son reconocidas como derechos humanos, pero en su proyección a las personas extranjeras se conciben como derechos humanos de configuración legal por los Estados.

31 Así Cano Cuenca, A., «Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibición y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por expulsión

La plasmación de todos estos cambios ha supuesto, desde el punto de vista meramente formal, una reestructuración y ampliación de la extensión del artículo 89, que ha pasado a tener nueve apartados cuyos contenidos serían los siguientes. El apartado primero recoge lo que podría denominarse una regla general de sustitución de la pena por expulsión; en el apartado segundo se establece una regla particular de sustitución en atención a la duración de la pena o penas impuestas; las cuestiones procesales se abordan conjuntamente para ambos casos en el apartado tercero; el apartado cuarto contempla en su párrafo primero una causa impeditiva de toda expulsión en atención a su desproporcionalidad por referencia a las circunstancias del hecho y las personales del autor, y en los párrafos siguientes diseña un sistema de protección de los ciudadanos de la Unión Europea frente a la expulsión tendente a restringir ésta; a los apartados quinto y sexto han sido reconducidas respectivamente, sin alteración de contenido, las disposiciones concernientes a la prohibición de regreso y al archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir y trabajar en España (con anterioridad arts. 89.2 y 3); el apartado séptimo está dedicado al incumplimiento de la prohibición de regreso; el apartado octavo recoge el contenido del derogado artículo 89.6, esto es, por un lado, la facultad del juez o tribunal de ordenar el ingreso del extranjero en un centro de internamiento de extranjeros al objeto de asegurar la expulsión si no se encuentra o no queda ya efectivamente privado de su libertad en ejecución de la pena impuesta (párrafo 1º)³², y, por otro lado, las alternativas

(arts. 83, 84,85, 86, 87, 308 bis y 89)», en González Cussac, J. L., (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 365.

- 32 En relación con esta disposición el Consejo General del Poder Judicial en su Informe de 17 de enero de 2013, p. 104, llamó la atención sobre la necesidad de que la Ley dispusiese que el tiempo en el que el extranjero está privado de libertad en un centro de internamiento a la espera de ejecutar la condena fuese abonado a la pena de prisión cuando ésta tuviese que ser finalmente cumplida, bien porque la expulsión no hubiese podido ejecutarse, bien porque el extranjero expulsado regresase a España ante de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente (art. 88.6).

existentes para aquellos casos en los que acordada la expulsión ésta no puede llevarse a efecto (párrafo 2º), punto en el que para acomodar la norma a la nueva regulación se suprime coherentemente la apelación que anteriormente se hacía a la sustitución de penas del artículo 88, pero no ocurre lo mismo a la hora de referirse al tipo de pena sustituida, perpetuándose la referencia genérica a las penas privativas de libertad donde debiera mencionarse únicamente a la pena de prisión; finalmente se cierra este artículo con un apartado nueve en el que se mencionan los delitos que quedan excluidos del ámbito de la sustitución de la pena por expulsión, a cuya corta lista se ha sumado el delito de trata de seres humanos (art. 177 *bis*).

2. Destinatarios

La LO 1/2015 ha ampliado los destinatarios de la expulsión, extendiendo la misma a todos los ciudadanos extranjeros y no sólo al extranjero no residente legalmente en España como ocurría desde que este mecanismo se introdujera en el CP aprobado por LO 10/1995³³. Se resucita así el criterio que se recogía

33 Se han manifestado contrarios a este cambio de momento Comas d' Argemir, M./ Sánchez-Albornoz, C./ Navarro, E., «Sustitución de la pena por expulsión: principio de proporcionalidad, audiencia del acusado y del penado, distintas fases procesales (artículo 89 CP)», cit., p. 23; Terradillos Basoco, J. M./ Boza Martínez, D., «La expulsión del extranjero: Art. 88 CP», cit., p. 363, por cuestionar el artículo 25.2 CE.

Sin embargo, el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, de octubre de 2012, firmado el 17 de enero de 2013, p. 101, no encontró ninguna objeción legal para la ampliación de la sustitución de la pena a los residentes legales; limitándose en este punto a hacer una observación sobre la expresión “ciudadano extranjero”, que entendía contradictoria por lo que recomendaba que se utilizase el término extranjero. Sí el Consejo Fiscal en su Informe de 8 de enero de 2013, pp. 65-67, quien consideraba 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 desidia —caducidad de permiso—, o llegados de

en la norma en la que se sitúa el origen de esta expulsión de los extranjeros condenados penalmente, esto es, el artículo 21.2 p. 2 de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, a cuyo tenor “si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta”.

No habiéndose pronunciado ni el prelegislador ni el Legislador sobre un cambio tan importante en el ámbito subjetivo de aplicación de la expulsión a lo largo del proceso de reforma³⁴, la única explicación a esta modificación parece encontrarse una vez más en la conexión y subordinación de la expulsión del extranjero regulada en el artículo 89 del CP a las políticas de inmigración y extranjería, condicionadas desmesuradamente por el sistema económico. En este sentido procede observar que el artículo 57.2 de la LOEX establece como causa de expulsión del extranjero, previa tramitación del expediente correspondiente, el hecho de haber “sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”. La nueva regulación penal ha tomado de ese artículo tanto la referencia al destinatario como el límite mínimo de duración de la pena de prisión objeto de sustitución por la expulsión, no así la naturaleza dolosa del hecho delictivo condicionante de aquella expulsión administrativa. En este orden de cosas, podría con-

manera fraudulenta o subrepticia) y, en todo caso, cuando sea escrupulosamente respetuosa con los compromisos asumidos por España derivados del Derecho Internacional o del Derecho de la Unión Europea”.

34 Obsérvese que la mención al ciudadano extranjero ha sido una constante a lo largo de todo el proceso de reforma que arranca con el Anteproyecto de julio de 2012.

cluirse que el nuevo planteamiento del Legislador responde a la lógica de que si esas personas, los extranjeros, finalmente van a ser expulsados del territorio español, resulta conveniente por razones de gestión presupuestaria anticipar su salida a través de la vía penal, aunque ello signifique obviar el mandato constitucional relativo a la orientación de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad a la reeducación y reinserción social (art. 25.2) y otras finalidades de las penas³⁵. Una muestra más de que su concepción de la sustitución de la pena a los extranjeros está influenciada por intereses distintos a la protección de los bienes jurídicos penalmente tutelados.

El argumento esgrimido en alguna ocasión sobre la imposibilidad de reinserción social de estas personas, independientemente del juicio que nos merezca, habría decaído necesariamente en el nuevo contexto en que todo extranjero con abstracción de su situación jurídica en España podría ser objeto de la expulsión. Igualmente los problemas específicos que provocan las particularidades de los extranjeros para llevar a cabo programas de tratamiento penitenciario no puede conducir sin más a la solución de la expulsión³⁶. La presencia de personas extranjeras en nuestras prisiones efectivamente plantea nuevos y desafiantes retos a la Administración penitenciaria a los que necesariamente hay que enfrentarse porque así lo exige la Constitución Española en su artículo 25.2, desde el momento en que en su proclamación de la reeducación y reinserción social de los condenados a penas privativas de libertad como fin de esas penas no contempla un trato desigual de los condenados en consideración a

35 Roig Torres, M., «La expulsión de los extranjeros en el Proyecto de reforma del Código Penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH: unas notas sobre el derecho británico», en *EPC*, 2014, n.º 34, p. 469, apunta como posibles causas de la ampliación la crisis económica y la alta tasa de desempleo.

36 Sobre cómo se trabaja en prisión con este colectivo, *vid.* Nistal Burón, J., «La condición de extranjero en la ejecución penal. La necesaria armonización de la política de extranjería con los fines de la actividad penitenciaria», en *RJL*, 2012, n.º 7917, pp. 1-22, o «La condición de extranjero en el derecho penitenciario español» en *REDMEX*, 2012, 31 (3), pp. 49-72.

factor alguno, como pudiera ser su vinculación con un Estado. Y éste también sería el camino a seguir de acuerdo con el Consejo de Europa si tenemos en cuenta la Recomendación CM/Rec (2012) 12 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a los presos extranjeros, que tiene, entre sus objetivos, facilitar el tratamiento en aras de la reinserción social de estas personas singularizadas porque no son nacionales ni residentes del Estado en que se encuentran encarceladas, promoviendo el respeto de los derechos humanos y la adopción de medidas dirigidas a evitar su discriminación y favorecer la resolución de los problemas concretos a los que puedan enfrentarse mientras cumplen su condena. Sin embargo, la legislación española se aparta del mismo en algunos de sus tramos y así, en relación con la materia que tratamos, desconoce de manera flagrante el derecho a no ser excluido en razón de su extranjería de la aplicación del mismo tipo de sanciones y medidas no privativas de libertad que al resto de personas delincuentes; habiendo optado por crear un mecanismo propio para ellos, como es esta sustitución de la pena por expulsión, que, si bien en algunos casos evita el cumplimiento de una pena de prisión, con coste o no de las necesidades preventivas dependiendo de la naturaleza del hecho, en los supuestos que no es así opera como un auténtico obstáculo para la reinserción social pues la clasificación de la persona en tercer grado o en libertad condicional corre el riesgo de devenir en un mero trámite para proceder a la expulsión perdiendo su naturaleza de instrumentos al servicio del tratamiento penitenciario resocializador. De ello no puede más que desprenderse que las recomendaciones sobre la libertad condicional o anticipada recogidas en la recomendación tampoco estarían siendo observadas. Y lo mismo ocurriría con la previsión de que, mediando consentimiento del condenado, se contacte con las autoridades del Estado al que se envía para garantizar el apoyo inmediato a su regreso y para facilitarle su reinserción en la sociedad.

Al margen de cuales hayan sido los motivos reales de esta extensión de los destinatarios de la expulsión, lo cierto es que la misma no contó con el apoyo de todos los grupos parlamenta-

rios, habiéndose pronunciado en el Congreso de Diputados en su contra el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, a través de la enmienda nº. 112, que planteaba en este concreto punto no alterar el círculo de los destinatarios de la expulsión en atención, entre otras razones, a la inexistencia de apoyos en la jurisprudencia, de razones de política criminal y de la imposibilidad de que el Derecho penal se pusiese al servicio del control de los flujos migratorios³⁷, y el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) mediante la enmienda nº. 230³⁸. Una vez en el Senado el proyecto de reforma, los argumentos de La Izquierda Plural fueron reproducidos en la enmienda nº. 350 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC) y la enmienda nº. 24 del Sr. Iglesias Fernández, Jesús Enrique (GPMX) y el Sr. Mariscal Cifuentes, José Manuel (GPMX); presentando también enmienda a este particular el Grupo Parlamen-

37 Transcribimos literalmente la justificación de la enmienda 112 en su punto primero: “La propuesta recupera la sustitución de la pena de prisión por la expulsión prevista para las personas extranjeras no residentes legalmente en España, tal como se viene concibiendo desde la entrada en vigor del CP de 1995. La inclusión en su ámbito de aplicación de todos los extranjeros, incluso con las limitaciones establecidas en el artículo 88.4 de la reforma atendiendo los contundentes reproches contenidos en los informes del Consejo Fiscal y, particularmente, del Consejo de Estado, no logran disipar los graves inconvenientes de la pretendida generalización de la expulsión, que permiten dudar sobre su constitucionalidad y su acomodo a la normativa de la Unión Europea, del derecho internacional público, y de los cánones jurisprudenciales elaborados desde el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

No existen tampoco apoyos en la jurisprudencia de nuestros tribunales ni se evidencian razones de política criminal que amparen la expulsión sustitutiva para extranjeros con residencia legal. Y el Código Penal no puede ponerse al servicio del control de los flujos migratorios”.

38 La justificación de la enmienda nº. 230, que solicitaba la no modificación del artículo 89, decía así: “Es necesario distinguir entre extranjeros residentes y no residentes, y entre residentes temporales y de larga duración. No existe razón de política criminal alguna que avale la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión cuando el extranjero disponga de autorización de residencia”.

Las enmiendas se han publicado en el BOCG, CD, Serie A: Proyectos de Ley, de 10 de diciembre de 2014, nº. 66-2.

tario Catalán en el Senado *Convergència i Unió* (GPCIU) —enmienda n.º. 876³⁹—; y reiterando la suya el Grupo Parlamentario Vasco insistió en sus objeciones (enmienda n.º. 759)⁴⁰.

A tenor de la nueva dicción del artículo 89.1 el ámbito subjetivo de aplicación de la expulsión sustitutiva de la pena está formado, como venimos señalando, por todo extranjero sin distinción alguna. Este término está plenamente integrado en el lenguaje coloquial y fue asumido por la legislación de extranjería (art. 1.1 LOEX), designándose a través del mismo, y desde la perspectiva española, a aquel que carece de la nacionalidad española. Se ha suprimido, como apuntábamos, la necesidad de que se tratase de un extranjero no residente legalmente en España, zanjándose con ello la discusión doctrinal sobre el significado de esa expresión⁴¹. Ahora bien, este cambio legislativo no significa que todo extranjero vaya a recibir el mismo tratamiento si consideramos en su conjunto la nueva regulación legal de la sustitución de la pena por expulsión. En este sentido hay que tener presente el apartado 4 del artículo 89, en el que nos encontramos con un importante contrapeso de la expulsión referido exclusivamente a los extranjeros titulares de la ciudadanía de la Unión Europea, al que más adelante nos referiremos. Una particularidad, no obstante, que habría que entender extensible,

39 La justificación de la enmienda del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado *Convergència i Unió* (GPCIU) era la siguiente: “Por una parte, es necesario especificar, tal y como hace el Código Penal vigente, que el ciudadano extranjero al que se refiere el artículo 89 es «no residente legalmente en España» ya que el término utilizado en el Proyecto de ley de «extranjero» es desmesuradamente ambiguo e impreciso. Ello, además, supone no hacer distinción entre extranjeros legales e ilegales, lo que significa que cualquier extranjero aunque su estancia fuera legal en España pueda ser expulsado del territorio español. En este sentido, el propio Tribunal Constitucional”.

40 BOCG, Senado n.º. 475_3158 (Apartado I) de 23 de febrero de 2015. También se presentó la enmienda número 570 del Grupo Parlamentario Socialista en la que se solicita únicamente la no modificación del artículo 89 en coherencia con su negativa a que la sustitución de penas se transformase en una modalidad de suspensión condicional de la ejecución de la pena.

41 *Vid.* González Tascón, M. M., «La expulsión judicial del extranjero condenado penalmente», cit., pp. 57-66.

en virtud del Derecho de la Unión Europea y de otra normativa supranacional referida a la libre circulación y residencia de las personas, a otros extranjeros; habiendo sido por este motivo recomendable que el texto penal se refiriese expresamente también a ellos⁴².

En la delimitación de los destinatarios de esta modalidad de expulsión del territorio, no se ha considerado en ningún momento la existencia de personas extranjeras especialmente protegidas como consecuencia del peligro que representa para la protección de sus derechos humanos regresar al Estado del que son nacionales o a aquel en el que hayan residido habitualmente. Desde esta perspectiva resulta de gran interés apuntar al menos el régimen jurídico del apátrida, del refugiado⁴³ y de quienes reciben la denominada protección subsidiaria⁴⁴, personas a las

42 Vid. AA.VV., *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*, 2º ed. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2014.

43 De acuerdo con el artículo 3 de la LAPS, la condición de refugiado se “reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9”.

44 La protección subsidiaria está destinada a las personas de otros países y a los apátridas, que no reúnen los requisitos para la obtención del asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales existen motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir determinados daños graves (condena a pena de muerte o riesgo de su ejecución material; tortura y tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante; o amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno), y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate siempre que no concorra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley (art. 4 LAPS).

que el Estado español otorga una protección especial articulada jurídicamente a través de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (LAPS)⁴⁵ y del Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida, que, entre otras cosas, limita las situaciones en las que estas personas podrían ser objeto de expulsión de nuestro país. Estas normas evidentemente son jerárquicamente inferiores en rango a la LO 1/2015 y anteriores en el tiempo, de forma que, en principio, una posible incompatibilidad entre el artículo 89, en su dicción fruto de esa ley, y aquellas otras habría que salvarse en favor de lo dispuesto por LO 1/2015. No obstante, en la medida en que las disposiciones que en aquellas se contienen están condicionadas por normativa supranacional como sería el caso de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, completada por el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967⁴⁶, de la Convención sobre el estatuto de los apátridas, de 28 de septiembre de 1954⁴⁷ y de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, los términos de la discusión sobre la admisibilidad o no de la expulsión de estos extranjeros en sustitución de la pena de prisión con arreglo a lo dispuesto exclusivamente en el artículo 89 tienen que tomar como referencia la normativa supranacional citada. En este orden de cosas, y por lo que afecta a la expulsión del condenado a pena de prisión que ha recibido esta especial

45 Publicada en el BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

46 El Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el estatuto de los refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, se publicó en el BOE nº. 242, de 21 de octubre de 1978.

47 España se adhirió a esta convención por Instrumento de 24 de abril de 1997 (BOE nº. 159, de 4 de julio de 1997).

protección, hay que observar que de conformidad con el artículo 21.2 de la citada directiva, salvo que ello esté prohibido por obligaciones internacionales relativas al principio de no devolución, los Estados miembros pueden devolver a estas personas en caso de que existan motivos razonables para considerar que constituyen un peligro para la seguridad del Estado miembro en el que se encuentran, o de que habiendo sido condenados por sentencia firme por un delito de especial gravedad, constituyen un peligro para la comunidad de dicho Estado miembro⁴⁸. El artículo 31.1 de la Convención sobre el estatuto de los apátridas apela a razones de seguridad nacional o de orden público, y en la misma línea el artículo 32.1 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados, si bien éste añade en su artículo 33.2 que la prohibición de expulsión y de devolución cuando con la misma se ponga en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas, no podrá beneficiar a aquel refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

A la luz de esta normativa internacional, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, no quedaría más que concluir que los apátridas y las personas que han recibido la protección especial de un Estado en consideración del reconocimiento de la condición de refugiado o del derecho a la protección subsidiaria (entre los que se podrían incluir también a los apátridas

48 Consiguientemente el artículo 44.1 de la LAPS señala que: “Procederá la revocación del estatuto de refugiado o del estatuto de protección subsidiaria cuando: a) concurra alguno de los supuestos de exclusión previstos en los artículos 8, 9, 11 y 12 de esta Ley; b) la persona beneficiaria haya tergiversado u omitido hechos, incluido el uso de documentos falsos, que fueron decisivos para la concesión del estatuto de refugiado o de protección subsidiaria; c) la persona beneficiaria constituya, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España, o que, habiendo sido condenada por sentencia firme por delito grave, constituya una amenaza para la comunidad”.

que reúnan los requisitos para tal reconocimiento o protección) reciben una protección frente a su expulsión que sólo resultaría procedente en el caso de los primeros por razones de seguridad nacional y de orden público, y en el caso de los segundos cuando constituyen bien un peligro para la seguridad del Estado miembro en el que se encuentran, o bien, habiendo sido condenados por sentencia firme por un delito de especial gravedad, un peligro para la comunidad de dicho Estado miembro. Consiguientemente, la omisión de cualquier referencia a estos extremos en el artículo 89, no debería ser óbice a nuestro juicio para tenerlos en cuenta y fundamentar una interpretación restrictiva del artículo 89 en relación con estos extranjeros.

Una interpretación restrictiva de la norma que vendría avalada también por el respeto a los derechos humanos contemplado en el CEDH y otros tratados internacionales sobre este particular, en cuya consideración habría que evitar el envío de una persona a un país donde pudieran peligrar sus derechos humanos. Cuestión que la LAPS habría observado al exigir que siempre se ha de garantizar que la expulsión no determine el envío de la persona que ha perdido el reconocimiento de la protección especial a un país en el que exista peligro para su vida o su libertad o en el que esté expuesta a tortura o a tratos inhumanos o degradantes o, en su caso, en el que carezca de protección efectiva contra la devolución al país perseguidor o de riesgo (art. 44.4).

3. Penas sustituibles

La reciente reforma del artículo 89 ha incidido también sobre la designación de la clase de penas a la que se refiere la sustitución por la expulsión del territorio. La referencia genérica que se venía haciendo en el texto legal a las penas privativas de libertad, que había llevado a parte de la doctrina y a la propia Fiscalía General del Estado a tratar, por vía de la interpretación y ponderación de principios básicos del sistema penal, de excluir de la sustitución por expulsión a la pena de localización

permanente y a la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y, consiguientemente, a defender interpretaciones de la norma tendentes a reducir su ámbito de aplicación, ha sido reemplazada por la exclusiva mención a la pena de prisión⁴⁹. Este cambio de criterio o aclaración legislativa sobre la confusión reinante al respecto no ha repercutido, sin embargo, en la rúbrica en la que se incardina el artículo 89, “De la sustitución de las penas privativas de libertad”; un enunciado legal que tras la reconversión de la sustitución de penas de prisión prevista en el derogado artículo 88 en una modalidad más de suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad, sólo está referido, como ya dijimos, a la sustitución de las penas de prisión a los extranjeros. Tampoco ha repercutido, como indicábamos anteriormente, en el párrafo 2º del apartado 8 del artículo 89.

Sea como fuere la circunscripción de la expulsión del territorio a la pena de prisión ha de ser a nuestro juicio valorada positivamente si consideramos que el Derecho penal no puede convertirse en un arma inexorable de exclusión de los extranjeros, que es un principio básico de justicia que las circunstancias económicas adversas de las personas no determinen una condena penal más gravosa y que en el nuevo sistema penológico la pena principal de localización permanente tiene un reducido campo de actuación⁵⁰.

49 Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España; Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.

50 *Vid.* arts. 171.7, 172.3 y 173.4 CP, siendo en todos ellos la duración de la pena de localización permanente de cinco a treinta días.

Han valorado también positivamente la referencia exclusiva a la pena de prisión Roig Torres, M., «La expulsión de los extranjeros en el Proyecto de reforma del Código Penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH: unas notas sobre el derecho británico», cit., p. 488; Consejo General del Poder Judicial, Informe al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, cit., p. 102, quien apela al principio de proporcionalidad. No así el Consejo Fiscal, Informe de 8 de enero de 2013, p. 68, por lo que se refiere a la pena de responsabilidad personal subsidiaria por

Desde esta perspectiva es igualmente alabable que la reforma introduzca, por primera vez, un límite mínimo a la duración de la pena objeto de sustitución por expulsión⁵¹. Este límite mínimo se ha cifrado en un año y un día de duración, como se desprende de la expresión legal “las penas de prisión de más de un año”, y está, como en la propia Exposición de Motivos de la LO 1/2015 se reconoce, en sintonía con la legislación de extranjería, concretamente con el ya aludido artículo 57.2 de la LOEX⁵². Si bien la sintonía no termina de ser plena por dos motivos. En primer lugar, ese límite sigue claramente referido a la duración de la pena efectivamente impuesta en la sentencia mientras que el citado artículo de la LOEX toma como referencia la duración mínima de la denominada pena legal abstracta, esto es, la pena con la que se encuentra castigado por ley el delito sin consideración del grado de ejecución, del título de intervención en el hecho y de las circunstancias modificadoras de la responsabilidad penal. De ello se podría desprender que la expulsión administrativa en esos casos podría afectar a personas condenadas a pena privativa de libertad de duración inferior a un año, y que no atañería en realidad a cualquier pena privativa de libertad al exigirse la previsión de ésta como pena legal abstracta, lo que nunca sucede en el caso de la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Y en segundo lugar, el Legislador, desoyendo la recomendación del Consejo General

impago de multa en pro de evitar la comisión de infracciones penales para eludir la sanción de expulsión administrativa.

- 51 En contra se manifestó el Consejo Fiscal, Informe de 8 de enero de 2013, p. 69, quien considera que es precisamente en relación con las penas que ahora quedarían excluidas donde más se justificaría la expulsión al ser un terreno más propicio para que prevalezcan los fines de política migratoria sobre los fines de la política criminal.
- 52 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 países, recoge entre las resoluciones de expulsión objeto de reconocimiento mutuo aquellas que habiéndose basado en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales se han adoptado en casos de nacionales de terceros países condenados a causa de una infracción sancionable con una pena de privativa de libertad de al menos un año (art. 3.1. a).

del Poder Judicial, no ha excluido la sustitución de la pena por expulsión en el caso de condenas por delitos imprudentes⁵³. Por otra parte, si el Legislador busca colegir la normativa de extranjería con la penal se ha olvidado de cohesionar su reforma con el artículo 57.7 de la LOEX en el que establece la posibilidad de que la tramitación de un expediente administrativo de expulsión de un extranjero procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevé una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza ponga fin a la vía penal⁵⁴.

Asimismo se altera el límite de la pena de prisión a partir del cual identificamos el tipo de sustitución aplicable. Este límite de duración de la pena se situaba hasta la reciente reforma en seis años menos un día y había sido heredado de la legislación de extranjería de 1985, en la que la expulsión se contemplaba para los condenados por delitos menos graves, definiéndose éstos en el propio artículo 21.2 p. 1 de la derogada LOEX como aquellos castigados con pena igual o inferior a prisión menor. Esta frontera resultaba disconforme en el conjunto del sistema penológico, en el que la distinta gravedad de la pena de prisión, grave o menos grave, depende de la superación del límite de cinco años de duración (art. 33.1, 2 y 3); límite que igualmente se acoge para autorizar la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad en el caso de las personas drogodependientes (art. 80.5); o a los efectos de la fijación del período de seguridad (art. 36.2)⁵⁵. Y lo que ha hecho el Legislador en esta

53 Consejo General del Poder Judicial, Informe al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, cit., p. 102.

54 A tenor de este precepto la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, está obligada a autorizar la expulsión de ese extranjero, salvo que motivadamente aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación.

55 La LECr también adopta este límite, por ejemplo, como uno de los criterios de fijación de la competencia para el enjuiciamiento de los delitos (art. 14) o para la concreción del ámbito de aplicación del procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos (art. 795.1).

reforma es sintonizarlo con el límite mínimo de duración de la pena grave de prisión⁵⁶.

La fijación de este nuevo límite, no obstante, no ha sido una decisión inmutable a lo largo del proceso de reforma. Los primeros anteproyectos que se publicaron, los de julio y octubre de 2012, optaban por el límite de tres años y un día⁵⁷, acogiendo el criterio sostenido al respecto de la sustitución total de la pena en la Reunión de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid celebrada el día 29 mayo 2004, en la que textualmente se dijo que: “Se considera que con una aplicación automática y rutinaria —sin atender a circunstancias específicas que lo justifiquen en el caso concreto— de la sustitución de la pena por la expulsión del acusado a su país de origen, se estaría promoviendo de forma incomprensible la comisión de delitos graves dentro del territorio nacional por ciudadanos extranjeros. De ahí que cuando las penas sean superiores a los tres años, y con más razón cuando se vayan aproximando a los seis años de prisión, no se estime razonable la concesión de la expulsión hasta que se cumpla la mitad de la pena. Sin embargo, cada caso tiene sus connotaciones especiales, de forma que las circunstancias excepcionales de índole personal de los imputados o incluso de la forma de realizar la conducta y las contingencias que la rodean, pueden justificar decisiones de otra índole que se muestren más justas en el caso concreto”.

Ese límite recibió el beneplácito del Consejo General del Poder Judicial al destacar que comportaba una reducción del límite máximo de las penas de prisión que daban lugar a la

56 Así Montero Pérez de Tudela, E./ Nistal Burón, J., «La población penitenciaria extranjera en España: evolución y características», cit., p. 121.

57 Este límite también está en la línea de una de las propuestas del Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Ed. Grupo de Estudios de Política Criminal, 2005, pp. 59-61. Éste se muestra partidario de establecer como límite máximo de duración de la pena privativa de libertad susceptible de sustitución los tres años y excepcionalmente admite la sustitución de aquellas entre tres y seis años.

expulsión sin exigir el cumplimiento previo de una parte de la pena y, por ende, una mayor satisfacción de las exigencias de prevención general⁵⁸. En este sentido el Consejo General del Poder Judicial ponía en relación la propuesta con el caso concreto de los extranjeros que introducían en nuestro país drogas que causan grave daño a la salud, portándolas en su equipaje o en su propio organismo, y que podían ser castigados únicamente con la expulsión al ser la pena del tipo básico de tráfico de drogas de sustancias que causan grave daño a la salud, la pena de prisión de tres a seis años⁵⁹. La opción por la que finalmente se ha decantado el Legislador, aunque de ella no se haya hecho eco la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 (IV, penúltimo párrafo), ofrece evidentemente un mayor arbitrio judicial.

La forma en la que se ha expresado en la nueva redacción del artículo 89.1 y 2 las penas de prisión susceptibles de ser sustituidas por la expulsión encierra cierta oscuridad. Si nos fijamos, el artículo 89.1 mantiene el estilo gramatical de su predecesor, refiriéndose a éstas en plural (“las penas de prisión de más de un año impuestas”), pudiendo dar lugar, en consecuencia, aunque desde una perspectiva distinta (en estos momentos para admitir la expulsión de penas de prisión que aisladamente consideradas no superan el año de duración pero sí si las sumásemos, y anteriormente para excluir de la expulsión a aquellas penas que al sumarse llegasen o superasen los seis años), a una reproducción de la discusión doctrinal sobre si en los casos en los que la persona ha sido condenada a una pluralidad de penas de esta naturaleza, hubiesen sido o no impuestas en la misma sentencia, la decisión sobre la sustitución versa sobre cada una de ellas de forma independiente o de manera conjunta, debiéndose en esta última hipótesis proceder a la suma de la duración de todas esas penas para determinar si se cumple con esta exigencia legal. En

58 Consejo General del Poder Judicial, Informe al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, cit., pp. 102-103.

59 Planteamiento que también convenía al Consejo de Estado según consta en su Informe de 27 de junio de 2013, p. 77.

su momento nosotros nos inclinamos por la primera de las tesis apuntadas⁶⁰, que es la que también estaría llamada a prevalecer en el nuevo contexto en base al objetivo del Legislador de establecer un límite de duración mínimo a las penas de prisión que se pretenden sustituir para garantizar la exclusión del ámbito de la expulsión de aquellos casos que no revestirían entidad suficiente para justificar una expulsión⁶¹, y no sólo porque el artículo 89.1 utilice el plural a diferencia de lo que sucede en su número dos, donde se habla de “una pena de más de cinco años” o porque el Legislador no haya precisado que el límite de duración esté referido a la suma de todas las penas de prisión impuestas como hace en el marco de la suspensión condicional de la ejecución de la pena (art. 80.2.2^a) o también ahora en el nuevo artículo 89.2.

Efectivamente en el artículo 89.2 asistimos a la contemplación de otro supuesto de sustitución que se construye para “una pena de más de cinco años de prisión o varias penas que excedieran de esa duración”. Esta última expresión “varias penas que excedieran de esa duración”, podría dar lugar a lecturas diversas. Así, podría entenderse que efectivamente se está pensando en la construcción de un supuesto de acumulación de penas de prisión que individualmente consideradas no superarían los cinco años de prisión⁶², bajo la consideración, a riesgo de hacer abstracción de la gravedad intrínseca de los hechos cometidos, de que la comisión de una pluralidad de delitos aunque sea de delitos menos graves puede ser equiparable a la comisión de un único delito grave si las penas de prisión aplicadas por aquellos conducen en su conjunto a una estancia en prisión de más de cinco años; suscitándose en este caso el interrogante sobre si es admisible o no que coadyuvaran a tal fin penas de prisión de duración inferior a un año. Pero también cabría sostener que se

60 González Tascón, M. M., «La expulsión judicial del extranjero condenado penalmente», cit., p. 68.

61 Recuérdese el artículo 57.2 de la LOEX.

62 De esta opinión Roig Torres, M., «La expulsión de los extranjeros en el Proyecto de reforma del Código Penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH: unas notas sobre el derecho británico», cit. p. 489.

está pensando en una pluralidad de penas de prisión de más de cinco años, en la medida en que, a diferencia de lo que sucede en el marco de la suspensión condicional de la ejecución de la pena (art. 80.2.2ª), en ningún momento se nos habla exactamente de una suma de las penas. Simplemente se alude “a varias penas que excedieran de esa duración”, esto es, de cinco años. Ahora bien esta última posibilidad encuadrable, como digo, en la dicción literal de la norma, no parece que tenga mucho sentido si tenemos en cuenta que se hubiese obtenido el mismo resultado redactando el supuesto en plural: cuando hubieran sido impuestas penas de prisión de más de cinco años.

A nuestro juicio, a partir de la armonización de los dos regímenes de sustitución que se contemplan en el artículo 89, a los que luego nos referiremos, siendo suficiente anticipar en estos momentos que el artículo 89.1 asienta los cimientos de la sustitución de la pena al extranjero, habría que considerar que el artículo 89.2 está pensado directamente para ser aplicable a la pena de prisión de más de cinco años y a las penas de prisión que en su conjunto superan la duración de cinco años siempre que individualmente consideradas excedan de un año. Sin perjuicio de que ante la eventualidad de que no concurra el fundamento para la ejecución parcial de estas penas antes de la expulsión, se aplique subsidiariamente el régimen del artículo 89.1.

No plantea la reforma, sin embargo, ningún límite por arriba a la expulsión en atención a la duración de la pena, de forma que incluso podría llegar a sostenerse que una pena de prisión permanente revisable impuesta a un ciudadano extranjero podría ser objeto de sustitución por expulsión tras una ejecución parcial de la misma dado que nuestro Legislador en su configuración legal ha reducido a esta pena a una modalidad de pena de prisión para ocultar su significado cualitativo diferente. En este sentido recordemos que en ningún momento se la define en la ley cómo lo que es, esto es, una pena de prisión de por vida sometida a revisión tras el cumplimiento de una parte importante de la misma; o que la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se

modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, en materia de delitos de terrorismo llega al absurdo de cara a la galería política de referirse a ella en su plasmación como pena típica de uno de los delitos a los que en todos los contextos proclives a tal pena se vinculó, como es el delito de terrorismo que causa la muerte de una persona, como “pena de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código” (art. 573 *bis* 1).

4. Regímenes y criterios de sustitución

Desde que se incorporara este instrumento sustitutivo de penas a nuestro CP se han distinguido dos regímenes de sustitución en atención a la manera en la que ésta operaba sobre la pena, a los que nos referíamos como la sustitución total de la pena, que incidía sobre toda la pena, y la sustitución parcial, que afectaba únicamente a una parte de la misma de forma que la pena impuesta era parcialmente cumplida. La sustitución total de la pena de manera constante, por otra parte, habría estado referida a las penas privativas de libertad inferiores a seis años; quedando limitada la sustitución parcial a las penas de prisión de duración igual o superior a los seis años hasta la reforma del artículo 89 por la LO 5/2010, que determinaría su extensión a cualquier pena privativa de libertad independientemente de su duración.

La nueva regulación ha mantenido la posibilidad de una sustitución tanto total como parcial de la pena, pero, como explicaremos, ambas pueden operar en relación con toda pena de prisión de más de un año en la medida en que ahora el acento se sitúa en las exigencias de prevención general expresadas, en palabras del Legislador, por la necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y de restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito⁶³. Podría decirse entonces que

63 Cuestiona la fórmula empleada Cano Cuenca, A., «Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibición y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena

la nueva regulación ahonda en la línea emprendida en la reforma de 2010, más respetuosa con los fines de las penas, especialmente con los fines de prevención general, en aras de evitar auténticas lagunas de impunidad, acentuadas aún más cuando en atención a las circunstancias personales del penado la permanencia en España carece para él de valor; pues no debemos olvidar que la gravosidad de este mecanismo sustitutivo está fuertemente condicionada por las circunstancias personales del responsable penal. En este contexto, partiendo de la gravedad de la pena el Legislador, como veremos, proyecta unas presunciones *iuris tantum* condicionantes de la forma de sustituir la pena.

Señala el artículo 89.1 que “las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español”. Esta disposición, a pesar de los términos imperativos que emplea, recoge en realidad un criterio de preferencia hacia la expulsión y así se corrobora con la negación de la expulsión, que se produce en el primer párrafo del apartado 4 de ese artículo, cuando ésta resulte desproporcionada en atención a las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España⁶⁴. En este sentido podría entenderse que el artículo 89.1 se mantiene en la línea del pronunciamiento legislativo inmediatamente anterior, perpetuando una regla general favorable a la expulsión, pero con la particularidad de que la nueva norma, tomando en consideración criterios jurisprudenciales, expresa las concretas razones impositivas de la expulsión en atención al principio de proporcionalidad de las sanciones, al tiempo que hace igualmente explícitos los motivos que conducen a acordar la ejecución total o parcial de la pena antes de proceder a la expulsión, que-

de prisión por expulsión (arts. 83, 84,85, 86, 87, 308 *bis* y 89)», cit., p. 370, por considerar que compromete el principio de seguridad jurídica, el principio de igualdad, el principio de legalidad y taxatividad.

64 Así Montero Pérez de Tudela, E./ Nistal Burón, J., «La población penitenciaria extranjera en España: evolución y características», cit., p. 120; Nistal Burón, J., «El alcance en materia de expulsión judicial de la proyectada reforma del CP», cit., p. 3.

dando desplazada la genérica referencia bien a que se aprecien “razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España” (art. 89.1 p.1 —LO 5/2010—), para el caso de la sustitución total, bien a que se aprecien “razones que justifiquen el cumplimiento en España”, en el supuesto de la sustitución parcial (art. 89.5 —LO 5/2010—).

Esta regla favorable a la expulsión en contextos de proporcionalidad de la respuesta jurídica sale más reforzada en el nuevo texto legal, en la medida en que ya en ese mismo apartado primero, al que se habría trasladado, en parte, la posibilidad de una sustitución parcial de la pena por expulsión, la previsión de que el juez o tribunal pueda acordar la ejecución de una parte de la pena y la sustitución del resto por expulsión cuando ello resulta necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, está precedida del adverbio “excepcionalmente”, pudiéndose concluir que el Legislador pretende que el juez en el momento de ponderar las necesidades de defensa del orden jurídico y de restablecimiento de la confianza en el derecho, tenga presente que su voluntad es la de llevar a cabo la expulsión en sustitución de toda la pena y no sólo de parte. Llegamos así a la exposición pública de un sinsentido fruto, por un lado, de afirmar que la vigencia del derecho necesita del cumplimiento parcial de la pena y, por otro lado, de que aun así no siempre se habrá de proceder a ello, sólo excepcionalmente. Sinsentido que revela una vez más la conexión de esta expulsión con la política de inmigración y extranjería y con una política penitenciaria tendente a buscar vías de repatriación de los condenados extranjeros teóricamente para favorecer su reinserción social pero indudablemente con la mirada puesta en reducir la tasa de población penitenciaria. Objetivo este último que de un modo más humanitario podría alcanzarse si se situase en un primer plano también para los extranjeros la suspensión condicional de la pena.

La libertad que dispone el juez para decidir sobre las exigencias de prevención general se limita de forma importante

cuando de lo que se trata es de señalar el *quantum* de la pena de prisión que ha de cumplirse antes de la expulsión en el supuesto previsto en el artículo 89.1. A estos efectos señala este artículo que podrá acordarse la ejecución de una parte de la pena que no supere los dos tercios de su extensión⁶⁵. Se desprende de aquí que al menos un tercio de la pena impuesta tiene que ser sustituida por la expulsión seguramente con vistas a no incurrir en una quiebra del principio de *non bis in idem*⁶⁶. Este criterio, no obstante, desconoce que en alguna ocasión nuestro Tribunal Supremo ha entendido que no estaríamos ante una sustitución sino ante una acumulación en aquellos casos en los que la expulsión procedía tras el cumplimiento de la mitad de la pena —así STS n.º. 901/2004, de 8 de julio, FJ. 3.º— pudiendo darse situaciones concretas en los que la sanción acumulada de pena cumplida y expulsión acompañada de prohibición temporal de regreso resultase desproporcionada.

Sin embargo no sería necesario para proceder a la expulsión que el condenado cumpliera siempre la parte de la pena indicada por el juez, pues si bien en un primero momento la norma vincula la expulsión del penado del territorio español a la parte de la pena cuya ejecución no se ha ordenado, lo cierto es que punto y seguido enlaza también la expulsión al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional. Otro entendimiento plausible de la expresión “sustitución del resto de la pena” por referencia exclusiva a la parte de la pena cuya ejecución no se

65 Se responde así a la observación crítica formulada por el Consejo General del Poder Judicial, Informe al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, cit., p. 103, quien apreciaba que la referencia a las exigencias de prevención general generaban inseguridad e impredecibilidad sobre la parte de pena ejecutable, debiéndose buscar criterios más seguros y previsibles que permitiesen establecer al tiempo ciertas flexibilizaciones o modulaciones en atención a las circunstancias personales del penado y particulares del hecho.

66 Obsérvese que en la anterior regulación se exigía que se hubiese accedido al tercer grado o se hubiese cumplido las tres cuartas partes de la pena, de forma que lo que se garantizaba era que al menos un cuarto de la pena se sustituyese por la expulsión.

ha dispuesto, dada la dicción de la norma, nos llevaría a situaciones que se escaparían de la lógica del Legislador. Pensemos, por ejemplo, que el órgano sentenciador impone una pena de prisión de tres años a un extranjero y acuerda que dos tercios de la misma, esto es, dos años, se ejecuten y el año restante sea sustituido por expulsión; si resulta que la persona accede antes del transcurso de los dos años al tercer grado penitenciario o a la libertad condicional nos encontraríamos que durante un tiempo cumpliría su pena en régimen de semilibertad o libertad antes de procederse a su expulsión.

Como decimos, el comentado artículo 89.1 ha dispuesto que “en todo caso, se sustituirá el resto de la pena por expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional”. A través de estos criterios se vuelve a poner de manifiesto que la reinserción social de los extranjeros no es un objetivo de nuestro sistema penal, ignorando el mandato constitucional del artículo 25.2, pero además se pone en evidencia el propio conocimiento que nuestro Legislador tiene del sistema penal y penitenciario que ha creado, que exige como requisito indispensable para acceder a la libertad condicional el encontrarse clasificado en tercer grado penitenciario (art. 90.1 a, 2.c, 3.c, y art. 91.1), con la única excepción de los casos en los que existe un peligro patente para la vida del interno a causa de su enfermedad o de su avanzada edad (art. 91.3). Consiguientemente la referencia que aquí se hace a la libertad condicional carece en realidad de todo significado, dada la imperatividad de la disposición, a no ser que pudiera interpretarse que siendo imperativa la sustitución del resto de la pena por la expulsión, se confiara al juez la decisión de expulsar una vez que se acceda al tercer grado o una vez que se conceda la libertad condicional. Pero esta opción difícilmente puede sostenerse porque en ningún momento se atribuye al órgano sentenciador decidir ese extremo y además la previsión de esos términos temporales para proceder a la expulsión tienen un objetivo muy concreto como es el de impedir que el extranjero inicie un proceso de integración social extramuros de la cárcel.

De cualquier forma, interesa observar que el acceso a la libertad condicional, salvo por razones de humanidad, exige que se haya cumplido una parte de la pena que, dependiendo de distintas variables, puede ascender a tres cuartos, a dos tercios o a la mitad de la pena (art. 90). Si enlazamos este requisito con la doctrina de nuestros tribunales sobre la diferencia entre sustitución y acumulación de respuestas penales, es evidente el problema ante el que podríamos encontrarnos también en este caso por referencia a la proporcionalidad de la respuesta penal.

La regla general tendente a la sustitución íntegra de la pena por expulsión parece invertirse cuando la pena impuesta es una pena de prisión de más de cinco años o se trata de varias penas de prisión de más de un año que exceden en su cómputo conjunto de esa duración, si tenemos presente que el punto de partida en estos casos es acordar la ejecución de la pena, en todo o en parte. Pero en realidad sólo es una impresión, pues el artículo 89.2, a la luz de su contenido, está igualmente conectado al primer inciso del artículo 89.1 y, consiguientemente, representa una excepción más a esa regla general; compartiendo además la razón de ser con la excepción contemplada en el artículo 89.1, esto es, exigencias de prevención general. La singularidad de este supuesto estriba en que el Legislador en atención a la gravedad de la pena presume *iuris tantum* la necesidad de proceder a la ejecución de la pena y retrasar a un momento posterior en el tiempo la expulsión. Concretamente señala el artículo 89.2 que la ejecución en todo o en parte de estas penas se acordará por el juez o tribunal, “en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y de restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”.

Como decíamos, son exactamente las mismas razones de prevención general que obligan a la ejecución parcial de la pena en el supuesto del apartado uno, las que también ordenan en el supuesto del número dos la ejecución de la pena, estribando otra particularidad de este caso en que la ejecución puede ser no sólo parcial sino total. Pero semejante particularidad no es en realidad tal desde el momento en que sigue diciendo el artículo 89.2

que “en estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado penitenciario o se le conceda la libertad condicional”. La expresión “en estos casos”, que sustituyó en el proyecto de 2013 a la expresión “en este caso”, empleada en los anteproyectos para referirse únicamente a la ejecución parcial, junto con los nuevos supuestos de referencia para proceder a la expulsión (acceso a tercer grado o concesión de la libertad condicional), denota que la ejecución total de la pena aun cuando haya sido judicialmente acordada podrá terminar en atención al *iter* penitenciario transformándose en una ejecución parcial de la pena. Por otra parte, cabría observar además que en los casos de ejecución parcial del artículo 89.2 al igual que ocurre en el caso del 89.1 el juez tiene que señalar la parte de la pena que habría, en principio, que cumplir⁶⁷, pero a diferencia de éste, no se precisa en la ley un límite máximo de duración, lo que si bien podría tener sentido desde el momento en que, como decíamos, también se puede acordar la ejecución total de la pena, puede plantear problemas desde la consideración del principio de *non bis in idem*.

Una lectura conjunta de ambos apartados nos obligaría en los casos en los que el órgano sentenciador no aprecia la existencia de la necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y de restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito a reconducir la pena de prisión de más de cinco años o varias penas de prisión superiores a un año que excedieran en su conjunto de cinco años al apartado primero del artículo 89.1 y en consecuencia a acordar en relación con éstas la expulsión del territorio español.

A la luz de todo lo dicho, se podría concluir que salvo que la expulsión resulte desproporcionada vía apartado 4 del artículo

67 Decimos en principio porque la concesión del tercer grado puede tener lugar antes.

89 la aplicación del artículo 89.1 siempre determinará la sustitución de la pena por expulsión, se cumpla o no una parte de la misma en territorio español. En cambio, de aplicarse el apartado segundo del mencionado artículo, si se ordena la ejecución total de la pena y el sujeto nunca es objeto de clasificación en tercer grado penitenciario u obtiene la libertad condicional, la pena se cumplirá íntegramente y, consiguientemente, ya no se procederá a su expulsión en la vía penal. Se trata ésta, a nuestro juicio, de una consecuencia obligada por el principio de *non bis in idem*, pero tras el proyecto de 2013 no tenemos nada claro si es o no un efecto buscado por el Legislador quien no olvidemos ha señalado en términos imperativos la procedencia de la sustitución ante la concurrencia de alguna de las condiciones que allí se establecen.

5. Factores impeditivos de la expulsión

Uno de los aciertos de la nueva regulación de la expulsión sustitutiva de la pena de prisión se encuentra en el reconocimiento en la propia norma penal de la existencia de circunstancias personales del condenado que hay necesariamente que ponderar junto con las circunstancias del hecho a los efectos de salvaguardar que la expulsión no resulte desproporcionada; y que, consecuentemente, pueden impedir la expulsión. El análisis de este tipo de circunstancias, motivado desde la consideración de los derechos humanos y más concretamente por la injerencia que una expulsión podría suponer para la vida de la persona (derecho al respeto a la vida familiar y a la vida privada del artículo 8 CEDH)⁶⁸ o para su salud o en atención a los riesgos a los que

68 El derecho a la vida familiar exige de la existencia de una relación familiar suficientemente real, efectiva y cercana (caso Moustaquin contra Bélgica, STEDH de 18 febrero 1991, ap. 36); el derecho a la vida privada comporta el derecho a establecer y mantener relaciones con sus semejantes y el mundo exterior y, en ocasiones, engloba aspectos de la identidad social de una persona, consiguientemente se ha de reconocer que todos los lazos sociales entre los inmigrantes residentes y la comunidad en la que viven, forman

podría enfrentarse el condenado de ser expulsado, en particular el peligro de ser sometido a pena de muerte, a tortura o a otros tratos inhumanos o degradantes⁶⁹, había sido una demanda constante de todos aquellos que se habrían acercado al análisis de esta institución. Su importancia habría sido reconocida, no obstante las distintas regulaciones normativas que han existido, por las instancias judiciales más altas como el Tribunal Supremo⁷⁰, el Tribunal Constitucional⁷¹, o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷².

parte integrante de la noción de «vida privada» en el sentido del artículo 8 (caso Shala contra Suiza, STEDH de 15 de noviembre de 2012, ap. 39).

- 69 Artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, artículo 3 del CEDH o artículo 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- 70 Entre otras muchas, STS n.º. 901/2004, de 8 de julio, FJ. 2.º; n.º. 853/2010 de 15 octubre, FJ. 4.º; n.º. 738/2013, de 4 de octubre, FJ. 11.º.
- 71 STC n.º. 242/1994, de 20 de julio, FJ. 6.º. Básicamente el Tribunal Constitucional afirma que toda decisión que afecta a la efectividad de un derecho constitucional tutelado no puede dejarse a la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales; de forma que una vez que se constatan los presupuestos que autorizan a su aplicación, los tribunales han de valorar las circunstancias del caso y la incidencia del mismo en valores o bienes con relevancia constitucional, entre los que se citan en la sentencia de referencia el arraigo del extranjero en España o la unificación familiar (art. 39.1 CE).
- 72 Caso Moustaquin contra Bélgica, STEDH de 18 febrero 1991; caso Omojudi contra el Reino Unido, STEDH de 24 noviembre 2009; caso Shala contra Suiza, STEDH de 15 de noviembre de 2012; caso K. A. B. contra España, STEDH de 10 abril 2012; caso Mo.M. contra Francia, STEDH de 18 abril 2013; entre otras.

Vid. un análisis de la casuística estudiada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Boza Martínez, D., «El derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *REDMEX*, 2006, n.º. 11, pp. 25-39, quien concluye que “las sentencias adolecen de cierto subjetivismo, de una atención extrema a detalles accesorios y, sobre todo, de la no enunciación de principios generales lo suficientemente claros” y nos ofrece a partir de la misma la siguiente fórmula para saber si la expulsión afecta o no al derecho a la vida privada y familiar: “la vida familiar en el Estado de acogida menos los vínculos con el estado de destino ha de ser mayor que la gravedad de los delitos cometidos menos el tiempo transcurrido sin delinquir”.

La última reforma del artículo 89, como decimos, las ha llevado al CP indicando en el artículo 89.4 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”. De entre todas las circunstancias personales del condenado, el Legislador resalta, como vemos, la concerniente a su arraigo en España, un concepto jurídico indeterminado que se entiende está referido a los vínculos que unen al extranjero con España, pudiendo ser éstos de distinto tipo (familiares, laborales, económicos, académicos, sociales, etc.)⁷³. Por lo que se refiere a los vínculos familiares es de extrema importancia tener presente las consecuencias que la expulsión va a producir en especial en las personas más vulnerables del grupo familiar como son los menores y las personas con discapacidad dependientes del condenado⁷⁴. A este respecto no está de más recordar que el Convenio sobre los derechos del niño de 1989 señala que el interés superior del niño es una consideración primordial a la que deberán atender todas las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos en todas las medidas concernientes a ellos que tomen (art. 3.1)⁷⁵. La edad, el

73 Detenidamente Peña Pérez, A., «Arraigo, circunstancias excepcionales y razones humanitarias: evolución histórica dentro del derecho de extranjería», en *REDMEX*, 2012, n.º. 30, pp. 35-67; Carbajal García, P., «El arraigo como circunstancia excepcional para poder residir y trabajar legalmente en España», en *REDMEX*, 2012, n.º. 29, pp. 56-71. Y desde un enfoque penal la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, en la que se acoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lafont Nicuesa, L., «La expulsión de extranjeros», en AA.VV., *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones. Cuadernos penales José María Lidón*, n.º. 1, Ed. Universidad de Deusto, 2004, p. 167, abogaba por exigir un arraigo más estricto debido a la gravedad de las infracciones penales.

74 *Vid.* STC 186/2013, de 4 de noviembre de 2013, y su voto particular. Boza Martínez, D./ Martínez Liboreiro, M. F./Rodríguez Candela, J. L., «El caso Albarracín: la vida familiar como límite a la expulsión derivada de sentencia penal y su aplicación en España», en *REDMEX*, 2014, n.º. 37, pp. 237-250.

75 En la misma línea, el artículo 24.2 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000, señala que “En todos los actos relativos a los

estado de salud, los vínculos con el país de origen o la duración de su residencia entre nosotros serían también indicadores para la medición de su grado de integración en España y evidenciar el carácter desproporcionado o no de la expulsión.

Aparte de las circunstancias personales del penado operan como factores impeditivos de la expulsión, en este caso además sin ulteriores consideraciones, determinados delitos, entre los cuales se encontrará a partir de la nueva regulación el delito de trata de seres humanos del artículo 177 *bis*, solventando así el Legislador el grave descuido que tuvo al respecto en la reforma operada por LO 5/2010. Consecuentemente, a tenor del artículo 89.9, no procede la expulsión de los condenados por los delitos de tráfico de trabajadores (art. 312), de favorecimiento de la inmigración (art. 313), de tráfico de personas (art. 318 *bis* modificado por la LO 1/2015) y de trata de seres humanos (art. 177 *bis*)⁷⁶.

6. Particularidades de la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea y asimilados

a) Confrontación con el Derecho de la Unión Europea

No fue hasta el anteproyecto de reforma del CP publicado en julio de 2013, posiblemente a partir de la observación crítica que el Consejo Fiscal realizó sobre la inobservancia del Derecho de la Unión Europea en la configuración de la expulsión del extranjero⁷⁷, y más en concreto del derecho de los nacio-

menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial⁷⁸. Asimismo la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, obliga a los Estados a tomar debidamente en cuenta el interés superior del menor (art. 5). No obstante, esta directiva faculta a los Estados miembros a decidir o no su aplicación a las medidas de retorno que sean constitutivas de sanciones penales o consecuencia de éstas (art. 2.b).

76 Nótese que este cambio normativo no ha tenido repercusiones en el artículo 57.7 c y 8 de la LOEX.

77 Consejo Fiscal, Informe de 8 de enero de 2013, pp. 62-65.

nales de los Estados miembros de la Unión Europea a circular y residir dentro del territorio de los Estados miembros de la Unión Europea, que el prelegislador abordó en particular el caso de las personas extranjeras ciudadanas de la Unión Europea. Si bien en este primer momento se limitó a reconducir la posibilidad de su expulsión a la existencia de un determinado pronóstico de peligrosidad criminal postdelictual, disponiendo que en relación con los ciudadanos de la Unión Europea solamente procedería la expulsión cuando el delito cometido, a la vista de sus circunstancias personales y sus antecedentes, pusiese de manifiesto la existencia de una probabilidad elevada de comisión en el futuro de nuevos delitos susceptibles de ser castigados con pena de prisión de más de tres años⁷⁸. Así las cosas, este texto prelegislativo no significó en realidad un avance en el respeto de los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea frente a la expulsión en la medida en que centró la cuestión de su expulsión en un juicio de peligrosidad criminal futura. Y así se lo hizo notar al Gobierno en esta ocasión el Consejo de Estado, quien además apuntaría a una posible contradicción de este mecanismo con el principio de cooperación leal entre los Estados miembros (art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea)⁷⁹ y asimismo, consideramos nosotros, con las propias políticas de la Unión Europea en el marco de la creación y desarrollo de su denominado espacio de libertad, seguridad y justicia, destinado, como es sabido, a garantizar que la libertad sea disfrutada en la Unión Europea en condiciones de seguridad y justicia accesible para todos⁸⁰. No olvidemos que el

78 Adviértase que en ese anteproyecto una pena de más de tres años era la pena de referencia para la sustitución parcial.

79 Consejo de Estado, Informe de 27 de junio de 2013, pp. 78-91.

80 Sin ánimo de ser exhaustivos, podríamos recordar la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados; la Decisión Marco 2005/214/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias; la Decisión Marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso; la Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del

mecanismo de la expulsión en sustitución de la pena comporta la puesta en libertad del ciudadano europeo en otro territorio de la Unión Europea ni la facilidad que existe para desplazarse dentro de la Unión Europea como consecuencia de la supresión de los controles de fronteras interiores. No obstante, como seguidamente explicaremos, esta posibilidad está prevista en el Derecho de la Unión Europea, del que se desprende, con cierta paradoja, que aunque se trata de otorgar mayor protección al ciudadano de la Unión Europea frente a la expulsión en atención a su integración en el Estado miembro de acogida, se termina admitiendo un sistema de expulsión de sus ciudadanos susceptible de permitir que algunos de aquellos que presentan mayor peligrosidad criminal acaben eludiendo su pena privativa de libertad a través de la expulsión.

El proyecto de reforma del CP presentado a las Cortes Generales en octubre de ese mismo año daría finalmente el enfoque sugerido tanto por el Consejo Fiscal como por el Consejo de Estado a esta cuestión, pero, a nuestro juicio, sin acabar de asumir plenamente los planteamientos de la normativa de la Unión Europea⁸¹; aunque así se diga en la Exposición de Moti-

principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea; la Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas; la Decisión Marco 2009/829/JAI, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional; la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la orden europea de protección.

81 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado el 13 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009 (artículos 20.2.a y 21.1) y Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

vos del proyecto, donde también se invoca la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) elaborada en su aplicación.

Los términos del tratamiento de la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea que aquí se fijan, sin modificación alguna de contenido sustantivo a lo largo de la tramitación parlamentaria del proyecto, se recogen en el artículo 89.4. Una confrontación de los mismos con el Derecho de la Unión Europea o con la norma interna que ha transpuesto la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros, esto es, 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 Europeo⁸², revela sólo cierta compatibilidad con la misma del régimen de sustitución de la pena por expulsión al ciudadano de la Unión Europea.

Esta directiva dedica su capítulo VI a las limitaciones del derecho de entrada y residencia, impuestas por vía administrativa o a raíz de una respuesta penal (art. 33.1), identificando el origen de éstas en tres posibles causas: razones de orden público, razones de seguridad pública y razones de salud; razones que en ningún caso podrían esgrimirse con una finalidad económica (art. 27.1). Desde una perspectiva exclusivamente delincinencial, el enfoque de esta limitación y, consiguientemente, de una posible expulsión en respuesta al comportamiento delictivo debe hacerse desde consideraciones relativas al orden público y a la seguridad pública. A este respecto, a lo largo de los artículos 27 y 28 de la directiva, nos encontramos con una serie de pronunciamientos destinados a delimitar cuándo efectivamente esas ra-

82 Esta norma ha sido modificada por RD 1161/2009, de 10 de julio y RD 1710/2011, de 18 de noviembre. Algunas de sus expresiones, por otra parte, han sido anuladas por STS de 1 de junio de 2010 (Sala 3ª).

zones concurrirían, proscribiéndose de esta manera la apelación a necesidades genéricas de orden público y seguridad pública⁸³. En este sentido debe observarse que la expulsión, en la medida en que puede causar perjuicios serios a las personas que en el ejercicio de sus derechos de libertad de entrada y residencia en la Unión Europea se han integrado realmente en el Estado miembro de acogida⁸⁴, debe fundamentarse exclusivamente en la conducta personal del condenado, que ha de constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, no siendo por sí sola razón para su adopción el hecho de la existencia de condenas penales anteriores, o justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o respondan a razones de prevención general. Consiguientemente el punto de partida para plantear la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea que ha vulnerado la ley penal necesariamente es la constatación, como hemos dicho, de que el mismo representa una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad, lo que se entiende por parte del TJUE que se produce, como regla general, cuando se aprecia en esa persona una tendencia a proseguir en el futuro con esa conducta (así en la STJUE, Gran Sala, de 22 de mayo de 2012, C-348/09 —P. I. y Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid— apartado 34).

Asimismo la expulsión debe atender al principio de proporcionalidad y tomar en cuenta, en particular, la duración de la residencia del condenado en el territorio del que se pretende expulsarlo, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen. Precisamente el nivel de exigencia para la expulsión se incrementa en atención a la mayor duración de su residencia en el Estado del que se le quiere expulsar o si se trata de un menor de edad. Concretamente se establece que cuando la persona haya

83 *Vid.* art. 15 del RD 240/2007.

84 Así se desprende del 23º y 24º considerandos de la Directiva 2004/38/CE.

adquirido el derecho de residencia permanente en ese territorio, lo que implica una residencia en éste durante un período continuado de cinco años (art. 16)⁸⁵, es necesario que los motivos de orden público o seguridad pública sean graves; y cuando se ha residido en el Estado de acogida durante los diez años anteriores la expulsión requiere de la existencia de motivos imperiosos de seguridad pública. Este último criterio es el que se aplicaría respecto de los menores, salvo que la expulsión se estimase necesaria en pro del interés superior del menor. No obstante, a ellos no nos vamos a referir dado que nuestra legislación penal no contempla su expulsión.

Esta lectura del Derecho de la Unión Europea refleja, por lo que aquí interesa, que la expulsión del ciudadano de la Unión Europea y de los miembros de su familia es una potestad que se concede a los Estados de acogida en cuyo ejercicio tienen que observar entre otras limitaciones aquellas que atienden especialmente al tiempo de residencia de estos ciudadanos en el país de acogida previa a la adopción de la decisión. En consideración del mismo habría que distinguir tres clases de ciudadanos de la Unión Europea: quienes han residido en el Estado de acogida de manera continuada durante al menos diez años⁸⁶, quienes no llegando a esos años de residencia al menos han residido continuamente cinco años, y quienes no han residido continuamente cinco años⁸⁷. Todos ellos para ser objeto de expulsión

85 *Vid.* art. 10 del RD 240/2007.

86 La sentencia del TJUE, Gran Sala, de 23 de noviembre de 2010, C-145/09 (Baden Württemberg y Panagiotis Tsakouridis, apartado 33) ha establecido que a los efectos de decidir si un ciudadano de la Unión ha residido en el Estado miembro de acogida durante el período de diez años previos a la decisión de expulsión debe procederse a un examen global de su situación en el momento en que se plantee la expulsión, prestando particular atención a la duración de las ausencias, individualmente y en su conjunto, la frecuencia de las mismas y los motivos que las ocasionaron con la mirada puesta en determinar si las mismas implican “el desplazamiento hacia otro Estado miembro del centro de los intereses personales, familiares o profesionales del sujeto en cuestión”.

87 Por lo que se refiere al reconocimiento de la residencia permanente es interesante traer a colación la STJUE, Sala Segunda, de 16 enero de 2014,

han debido realizar una conducta constitutiva de una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, pero mientras para los enunciados en último lugar basta con que además se den motivos de orden público o seguridad pública sin más precisión, en el caso de los nombrados en segundo lugar es necesaria la calificación de esos motivos como graves y tratándose de quienes han residido en el Estado de acogida de manera continuada durante al menos diez años tiene que darse motivos imperiosos de seguridad pública. Así las cosas, estos últimos recibirían una protección reforzada caracterizada por la procedencia de la expulsión sólo bajo la concurrencia de circunstancias excepcionales definidas por situaciones en las que se viese comprometida la seguridad pública —con exclusión entonces de las razones de orden público— en un nivel particularmente elevado de gravedad al ser la expresión utilizada para caracterizar esa situación “motivos imperiosos”, evidentemente más exigente que “motivos graves”.

C-378/2012, (Nnamdi Onuekwere y Secretary of State for the Home Department, apartados 23-27), con arreglo a la cual los períodos de estancia en prisión en el Estado miembro de acogida de un nacional de un país tercero, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que ha adquirido el derecho de residencia permanente en dicho Estado miembro durante tales períodos, no pueden computarse a efectos de la adquisición por ese nacional del derecho de residencia permanente en base a dos razones. En primer lugar, el artículo 16.2 de la Directiva 2004/38/CE exige que ese ciudadano de un tercer Estado ajeno a la Unión Europea hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años consecutivos con el ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida. En segundo lugar, y en atención a la finalidad de promover la cohesión social y reforzar el sentimiento de pertenencia a la ciudadanía de la Unión, el derecho de residencia permanente se hace depender de la integración del ciudadano interesado en el Estado miembro de acogida. Esta integración puede verse cuestionada cuando se demuestra que esa persona no respeta los valores expresados por la sociedad del Estado miembro de acogida en el Derecho penal de éste. Consiguientemente el cumplimiento de una pena de prisión interrumpe la continuidad de la residencia del nacional de un tercer Estado miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que haya adquirido el derecho de residencia permanente en el Estado miembro de acogida durante tales períodos.

A los efectos de delimitar el alcance del presupuesto que en cada caso habilitaría a un Estado miembro a expulsar a un ciudadano de la Unión Europea, tenemos que tener presente la jurisprudencia del TJUE. Según ésta, si bien el Derecho de la Unión Europea “no impone a los Estados miembros una escala uniforme de valores para la apreciación de aquellos comportamientos que puedan considerarse contrarios a la seguridad pública”, pudiendo “esencialmente, los Estados miembros disponer de libertad para definir, con arreglo a sus necesidades nacionales, que pueden variar de un Estado miembro a otro y de una época a otra, las exigencias de orden público y de seguridad pública”, en la medida en que las mismas pueden justificar “una excepción al principio fundamental de la libre circulación de las personas, deben interpretarse en sentido estricto, de manera que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin control de las instituciones de la Unión Europea” (STJUE, Gran Sala, de 22 de mayo de 2012, C-348/09, —P. I. y Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid— apartados 21 y 23). De conformidad con este planteamiento, se ha entendido por este tribunal la seguridad pública como aquella comprensiva tanto de “la seguridad interior de un Estado miembro como su seguridad exterior”, que se puede ver afectada por el ataque al funcionamiento de las instituciones y de los servicios públicos esenciales, la supervivencia de la población, el riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos, el ataque a intereses militares, el tráfico de estupefacientes mediante banda organizada cuando por su nivel de intensidad es capaz de amenazar directamente la tranquilidad y la seguridad física de la población en su conjunto o de una gran parte de ella (STJUE, Gran Sala, de 23 de noviembre de 2010, C-145/09, —Baden Württemberg y Panagiotis Tsakouridis—, apartados 43-47, y jurisprudencia en ella citada).

Habiéndose identificado como un factor clave de afectación a la seguridad pública la existencia de una amenaza directa para la tranquilidad y seguridad física de la población, la sentencia del TJUE, Gran Sala, de 22 de mayo de 2012, C-348/09,

—P. I. y Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid—, extiende el ámbito de los comportamientos delictivos susceptibles de afectarla a todos los supuestos mencionados en el artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, apartado 1, párrafo segundo, esto es, el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada (apartado 28)⁸⁸.

El concepto de orden público, por su parte, se vería comprometido cuando además de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, existe una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (STJUE, Sala Cuarta, de 17 de noviembre de 2011, C-430/10, —Hristo Gaydarov y Director de la Dirección General «Policía de la seguridad» del Ministerio Búlgaro del Interior—, apartado 33).

La ponderación de la intensidad de la afectación bien del orden público bien de la seguridad pública, por su parte, corresponde al órgano jurisdiccional nacional

Un ulterior mandato de la directiva en relación con la expulsión del territorio ordenada como pena o medida accesoria a una pena de privación de libertad⁸⁹, hace referencia a la obligatoriedad de revisar la decisión de la expulsión cuando ésta se

88 Obsérvese que este artículo 83 del TFUE establece una vía para que el Consejo, teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, adopte la decisión de incluir otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios de especial gravedad y dimensión transfronteriza derivada bien del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones bien de una necesidad particular de combatir las según criterios comunes.

89 Considerando la naturaleza supranacional de la directiva, la alusión que el artículo 33.2 de la directiva hace a una pena o a una medida accesoria a una pena privativa de libertad de expulsión no sería, a nuestro juicio, excluyente de cualquier otra expulsión acordada como consecuencia directa de un delito en la vía penal. En este sentido la versión inglesa de la directiva utiliza la expresión *penalty or legal consequence of a custodial penalty*.

vaya a ejecutar más de dos años después de haber sido impuesta a los efectos de comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió el orden de expulsión (art. 33.2).

La protección particular de los ciudadanos de la Unión Europea frente a la expulsión prevista en el artículo 89.4 p. 2 y 3, sin embargo, traza una única línea divisoria a partir de la cual hay que distinguir entre ciudadanos que han residido durante los diez años anteriores en España y el resto de ciudadanos. Exactamente dice el párrafo 2 del artículo 89.2 que “la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales”⁹⁰, para a continuación indicar que “si hubiese residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además: a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave

90 A tenor de la sentencia del TJUE, Gran Sala, de 23 de noviembre de 2010, C-145/09, (Baden Württemberg y Panagiotis Tsakouridis, apartados 50 y 53) habría que considerar: las penas que pueden aplicarse y las solicitudes, el nivel de implicación en la actividad criminal, la gravedad del perjuicio y, en su caso, la tendencia a reincidir y el riesgo de poner en peligro la reinserción social del ciudadano de la Unión en el Estado en el que está verdaderamente integrado. Asimismo para determinar la proporcionalidad de la respuesta con el fin legítimo perseguido habría que tener en cuenta en particular, el carácter y la gravedad de la infracción cometida, la duración de la residencia del interesado en el Estado miembro de acogida, el período transcurrido desde que se cometió el delito y la conducta del interesado durante este período, la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares en el Estado miembro de acogida. Se precisa además que las razones tienen que ser muy sólidas cuando la persona ha pasado legalmente la mayor parte o la totalidad de su infancia y de su juventud en ese Estado.

de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza. c) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal”.

A la luz de estas disposiciones, se advierte que no se ha tenido en cuenta en relación con las personas que tienen la residencia permanente pero no han residido continuamente durante diez años que no sólo su conducta ha de ser calificada como grave sino también los motivos de orden público o seguridad pública que justificarían la limitación del derecho a la libre circulación y residencia. Ello se ha debido posiblemente a la fusión de dos variables: la amenaza que representa el sujeto y aquello que se puede ver afectado por la misma. Así las cosas, la protección frente a la expulsión que se ofrece a los residentes mencionados resultaría ser de menor intensidad que la que exige la directiva. La situación de aquellos que han residido en España durante los diez años anteriores a la expulsión, por su parte, resulta ambivalente. De un lado, se observa que comparten con los anteriores la exigencia de que el condenado represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública mientras que la directiva exige que esa amenaza se cierna necesariamente sobre la seguridad pública y además en una determinada intensidad (“motivos imperiosos”). Un hecho que aisladamente considerado, llevaría a concluir que la protección que se les dispensaría sería sensiblemente inferior a la exigida por la normativa de la Unión Europea. Pero, de otro lado, al sumarse al primer requisito mencionado un segundo en el que se precisa de forma taxativa el tipo de condena respecto de la cual se podría plantear la expulsión, se estaría reduciendo el ámbito de la expulsión, y consiguientemente su protección se vería reforzada. De cualquier forma, lo que sí parece claro a tenor de una contemplación conjunta de todas las disposiciones concernientes a estos ciudadanos de la Unión Europea residentes de larga duración es la falta de acomodación plena de nuestra regulación penal a la de la Unión Europea.

Nuestro Legislador no ha tenido presente igualmente que la normativa de la Unión Europea no sólo reconoce los derechos

de libre circulación y residencia a quien ostenta la ciudadanía de la Unión Europea sino también a otras personas vinculadas con éstos, concretamente, en terminología de la directiva, a los miembros de su familia cuando le acompañen o se reúnan con él (art. 3). En consecuencia también operan las limitaciones comentadas anteriormente en relación con “a) el cónyuge; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b); d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b)” (art. 2.2)⁹¹. Y tampoco ha tenido en cuenta la existencia de tratados internacionales en virtud de los cuales la protección dispensada frente a la expulsión a un ciudadano de la Unión Europea se extiende a los nacionales de otros Estados y a los miembros de su familia. Tal sería el caso de los nacionales y determinados de sus familiares de los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, —Islandia, Liechtenstein y Noruega— a los que, como se habrá notado, se alude en el propio nombre del Real Decreto 240/2007; de los nacionales y determinados de sus familiares suizos en virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la libre circulación de personas, de 21 de junio de 1999; y de los ciudadanos de otros Estados en virtud de acuerdos celebrados con la Comunidad y sus Estados miembros por el Estado del que son nacionales⁹².

91 *Vid.* art. 2 del RD 240/2007, declarado nulo por STS de 1 de junio de 2010 en lo que se refiere a la exclusión de los cónyuges separados legalmente y a la precisión en cuanto a las uniones de hecho de la imposibilidad de dos registros simultáneos en un Estado.

92 Todos ellos están sujetos al ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007 (disposición adicional 3^a).

La imperatividad de la revisión de la resolución judicial que impone la expulsión como consecuencia del paso de tiempo sin haber sido ejecutada, a la que aludíamos *supra*, ha sido asimismo omitida.

Independientemente de todo lo dicho, lo cierto es que, a nuestro juicio, resulta muy difícil de explicar la acomodación de nuestra expulsión sustitutiva de la pena de prisión en un sistema político, como el de la Unión Europea, que en los últimos tiempos ha dado evidentes muestras de desarrollo de una política criminal común en determinados sectores de la criminalidad y del reconocimiento mutuo de sus respectivos sistemas de justicia en su objetivo, como anticipábamos, de crear su espacio de libertad, seguridad y justicia. Se hace imprescindible una vez más que la aplicación del artículo 89 quede relegada a un segundo plano y se exploten las posibilidades que recientemente ha abierto la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, que, entre otras, ha procedido a la transposición al derecho nacional de la Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea⁹³. En concreto, la nueva Ley posibilita prescindir en algunos casos del consentimiento del condenado para proceder a la ejecución en un Estado miembro de la Unión Europea de la pena o medida privativa de libertad impuesta por los tribunales españoles. Tal ocurre cuando el Estado pretendido de ejecución es el Estado de nacionalidad del condenado en el que éste posee vínculos atendiendo a su residencia habitual y a sus lazos familiares, laborales o profesionales (art. 67.2.a); o el

93 Esta decisión marco fue modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de los juicios celebrados sin comparecencia del imputado, que también ha sido transpuesta por la Ley 23/2014.

Estado miembro al que vaya a ser expulsado el condenado una vez puesto en libertad sobre la base de una orden de expulsión o traslado contenida en la sentencia o en una resolución judicial o administrativa derivada de la sentencia (art. 67.2.b); o el Estado miembro al que el condenado se haya fugado o haya regresado por haber sido condenado en España (art. 67.2.c).

b) Precisiones sobre el régimen de sustitución

El artículo 89.4 párrafo final contiene una última disposición concerniente a los ciudadanos de la Unión Europea que afecta al régimen de sustitución. Concretamente señala que “en estos supuestos será en todo caso aplicable lo dispuesto en el apartado segundo de este artículo”, esto es, que 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 público y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. Necesidad que evidentemente concurrirá si tenemos en cuenta que para valorar la sustitución de la pena por expulsión en el caso de un ciudadano de la Unión Europea es requisito imprescindible que el mismo represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza y gravedad del delito, sus antecedentes y circunstancias personales.

7. Quebrantamiento de la prohibición de regreso

Como es sabido, la expulsión del penado extranjero en sustitución de la pena impuesta no sólo se concreta en la salida coactiva del mismo del territorio español o del territorio de los Estados en relación con los cuales España ha llegado a un acuerdo sobre el particular sino que lleva también aparejada la prohibición temporal de regresar al mismo⁹⁴. El tiempo de duración

94 Otro efecto de esta expulsión es el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España (art. 89.3).

de esta prohibición, de cinco a diez años, no se ve afectado por la reforma pero sí se ha introducido un mecanismo corrector de los desproporcionados efectos susceptibles de producirse cuando se incumple tal prohibición, cuyo funcionamiento queda, no obstante, plenamente confiado al arbitrio judicial⁹⁵.

En concreto y en la línea que indicaba el Consejo de Estado⁹⁶, señala el nuevo artículo 89.7 párrafo 1º, que “si el extranjero expulsado regresa a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden público y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido el incumplimiento”.

El mecanismo descrito no opera, sin embargo, en aquellos casos en los que el extranjero es sorprendido en la frontera; supuestos en los que si bien el incumplimiento no entraña el cumplimiento de la pena sustituida sino la expulsión directa por vía de la autoridad gubernativa, asistimos a un nuevo cómputo del plazo de prohibición de entrada en su integridad (art. 89.7 párrafo 2). Una situación que podría suscitar ciertos recelos desde la consideración del principio de *non bis in idem*⁹⁷.

8. Cuestiones procesales

A la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y la dictada por el Tribu-

95 En contra del mismo, se ha manifestado Roig Torres, M., «La expulsión de los extranjeros en el Proyecto de reforma del Código Penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH: unas notas sobre el derecho británico», cit., pp. 405-496, al considerar que estamos ante una medida discrecional incompatible con el principio de legalidad y de seguridad jurídica.

96 Consejo de Estado, Informe de 27 de junio de 2013, p. 82.

97 Así Terradillos Basoco, J. M./ Boza Martínez, D., «La expulsión del extranjero: Art. 88 CP», cit., p. 372.

nal Supremo al respecto del artículo 89 del CP⁹⁸, la articulación legal del mecanismo de sustitución de la pena al condenado extranjero por expulsión, en la medida en que afecta a la individualización de la respuesta penal y a otros bienes o derechos con relevancia constitucional —por ejemplo, el ya mencionado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), el derecho a la libertad (art. 17 CE) o la protección de la familia (art. 39.1 CE)— exige en el orden procesal que se garanticen los derechos de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación. Consiguientemente la sustitución de la pena por expulsión tiene que ser objeto de un debate contradictorio en el que necesariamente se ha de dar participación al acusado o penado, según el caso, asistido de su letrado, en aras precisamente de conocer todas las circunstancias relativas a su persona que podrían ser determinantes de la resolución judicial; siendo, como ya dijimos, igualmente imprescindible que ésta sea motivada para conocer las razones que la sustentan y, consiguientemente, poder corregir los casos de arbitrariedad⁹⁹.

No obstante, la reiteración por parte del Tribunal Supremo de la necesidad de observar estas exigencias en las decisiones judiciales referidas a la sustitución de la pena por expulsión, en especial a partir de la redacción del artículo 89 por LO 11/2003, sólo en parte fueron tenidas en cuenta en los anteproyectos que precedieron directamente a esta reforma, en los cuales únicamente y en referencia exclusiva a la regla general de sustitución por expulsión se contemplaba la previa audiencia del penado; no en cambio la del Ministerio Fiscal y las demás partes, lo que

98 STC n.º 242/1994, de 20 de julio; SSTS n.ºs 901/2004, de 8 de julio, n.º 1400/2005, de 23 de noviembre, n.º 832/2006, de 24 de julio, n.º 853/2010, de 15 de octubre o n.º 588/2012, de 29 de junio.

99 Cabría recordar también que el artículo 13 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 19 de diciembre de 1966, (BOE n.º 103, de 30 de abril de 1977), impone a los Estados Parte la obligación de permitir a los extranjeros que residen legalmente en su territorio cuando son objeto de una expulsión la exposición de las razones que los asistan en contra de la expulsión.

suscitaría la crítica del Consejo General del Poder Judicial¹⁰⁰. Posiblemente a raíz de esta crítica el proyecto de 2013, incorporaba una disposición adicional cuarta en la que se contemplaba en relación con la sustitución de la pena, pero también con otras instituciones que afectan al cumplimiento de las respuestas penales (suspensión condicional de la pena, libertad condicional y seguimiento de las medidas de seguridad), y para el caso en que la sustitución no se acordara en la sentencia, la previa audiencia del afectado y del Ministerio Fiscal. La regulación que hacía el proyecto de estas cuestiones motivaría la presentación de algunas enmiendas por parte de determinados grupos parlamentarios, que finalmente lograron que se introdujese en el propio artículo 89 la audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes¹⁰¹.

A partir de la reforma por LO 1/2015 las cuestiones de naturaleza procesal son objeto de tratamiento conjunto en el apartado 3 del artículo 89. Exactamente se establece en éste que “el juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia del Fiscal y de las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena”.

Siendo el tratamiento conjunto de estas cuestiones, a nuestro juicio, adecuado desde la óptica de dotar de claridad a las normas, asistimos a una mera reproducción prácticamente literal del nuevo artículo 82.1 —si bien éste no hace expresa

100 Consejo General del Poder Judicial en su Informe de 17 de enero de 2013, p. 103.

101 Esta omisión había sido denunciada expresamente en el Congreso por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural (enmienda nº. 122) y el Grupo Parlamentario de Unión, Progreso y Democracia (enmienda nº. 534). Y en el Senado por el Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (enmienda nº. 876), por el Sr. Iglesias Fernández, Jesús Enrique y Sr. Mariscal Cifuentes, José Manuel (enmienda nº. 24) y por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado Convergència i Unió (enmienda nº. 876). También por el Consejo de Estado en su Informe de 27 de junio de 2013, p. 78.

alusión al Fiscal—, a través de la cual se constata, en primer lugar, que tras esta última reforma la decisión judicial sobre la expulsión del extranjero ha de adoptarse en la sentencia y sólo en caso de imposibilidad con posterioridad. Este cambio ni ha ponderado que algunas de las circunstancias impeditivas de la expulsión son de naturaleza personal y mutables con el paso del tiempo, pensemos, por ejemplo, en el arraigo familiar, ni que durante el cumplimiento de la pena las necesidades de prevención general pueden atenuarse e incluso llegar a desaparecer¹⁰². Tampoco evidentemente se ha tenido en cuenta que en el caso de los ciudadanos de la Unión Europea la normativa comunitaria, como ya indicamos, exige articular la posibilidad de revisar la decisión de la expulsión cuando ésta se vaya a ejecutar pasados más de dos años de haber sido impuesta¹⁰³. Consiguientemente

102 Así Nistal Burón, J., «El alcance en materia de expulsión judicial de la proyectada reforma del CP», cit., p. 5.

103 Obsérvese, no obstante, que la STS nº. 738/2013, de 4 de octubre (FJ. 11º.3), admitía, bajo la redacción del artículo 89 por LO 5/2010, la posibilidad de revisar una decisión de expulsión tras el cumplimiento de parte de la pena: “De todas formas, puesto que el condenado tiene que cumplir una pena que le priva de libertad durante varios años, siempre cabe la posibilidad de que cuando cumpla el tercer grado o las tres cuartas de la pena solicite que se deje sin efecto la medida de expulsión por concurrir nuevas circunstancias personales o de otra índole que afecten al fin de rehabilitación especial de la pena y que justifiquen la modificación de la medida acordada varios años antes, ya que es perfectamente factible que, llegado ese momento, ni el penado sea ya la misma persona ni tampoco las circunstancias concretas de su entorno personal, familiar y social prosigan perdurando en el tiempo”.

El Consejo Fiscal, en su Informe de 8 de enero de 2013, pp. 7, advirtió la problemática que se avecinada de renunciarse a la posibilidad de acordar la sustitución de la pena en un auto posterior, apuntando diversas cuestiones problemáticas, entre ellas, el procedimiento y prueba de los hechos personales o de la situación de arraigo; acreditación de hallarse encartada la persona o condenada en otras causas; control y corrección de la conformidad con la pena y expulsión sin acreditar la existencia de otras condenas o procedimientos impeditivos de la misma; posibilidad de decidirse por el juez de ejecutorias; posibilidad de modificación de criterio por cambio de las circunstancias en los casos de condenas de larga duración; o valoración de la imposibilidad física o jurídica de expulsión.

cabría observar que el hecho de prescindir de la posibilidad de que la sustitución de la pena por expulsión sea valorada a lo largo de la ejecución de la pena prisión, posiblemente vaya a alumbrar graves problemas desde consideraciones de justicia y equidad, que desde una perspectiva estrictamente normativa parece que sólo podrían ser subsanables a través de la aplicación analógica de la vieja Ley de 18 de junio de 1870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de indulto¹⁰⁴.

Se desprende, en segundo lugar, que el órgano sentenciador tiene la obligación legal de pronunciarse sobre esta sustitución por expulsión en la sentencia condenatoria siempre que ello resulte posible; lo que exige que de alguna forma, que incomprendiblemente no se detalla, se introduzca en el juicio oral la pretensión de aplicar el artículo 89 para que se pueda abrir un debate contradictorio sobre ese extremo que garantice el derecho de defensa. Así las cosas, podría considerarse que tanto el propio tribunal por sí mismo como las propias partes podrían provocar el debate sobre esta cuestión.

Esa falta de detalle podría colmarse en algún otro extremo a través de las disposiciones que se recogen en relación con la segunda posibilidad procedimental que articula la ley para pronunciarse sobre esta sustitución en previsión de que no resultara posible pronunciarse al respecto en la sentencia, esto es, habría que dar audiencia previa al respecto al Ministerio Fiscal y a las demás partes¹⁰⁵. En este punto, es de observar que aunque el tenor literal de la norma haya prescindido de una referencia independiente a la audiencia previa al penado, que sí se exigía en la redacción del precepto por LO 10/1995 (“...será necesario oír previamente al penado”) y por LO 5/2010 (“previa audiencia del penado”), a diferencia de lo que ocurriera con la LO 11/2003,

104 Apelamos a la analogía, al considerar que la expulsión no reviste la naturaleza de pena. No obstante, como apuntamos con anterioridad, la naturaleza jurídica de la expulsión no está clara ni a nivel doctrinal ni a nivel judicial.

105 *Vid.* sobre los derechos de las víctimas la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito.

no se produciría aquí una quiebra del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la medida en que el principio de contradicción y de defensa está salvaguardado por la audiencia de la defensa del acusado o penado, según el momento procesal. Lo que no sería constitucionalmente aceptable, en cambio, y por lo que se refiere a la adopción de esta decisión en la sentencia tras el correspondiente juicio oral, sería tratar de cubrir esa exigencia mediante el ejercicio por parte del acusado de su derecho a la última palabra (arts. 24 CE y 739 LECr), tal y como expuso la sentencia del Tribunal Constitucional n.º. 234/1994, de 20 de julio, (FJ. 7º).

Por lo que se refiere a los casos en los que no es posible pronunciarse sobre este particular en la sentencia, cabría referirlos a situaciones en las que no habría sido posible acreditar las circunstancias personales y de arraigo de la persona (así en los juicios rápidos y de enjuiciamiento inmediato) o casos en los que la persona tiene juicios pendientes o en tramitación o está condenado por otras causas. Ante esta situación, simplemente menciona el precepto que el juez o tribunal se pronunciará sobre el particular con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes. Este pronunciamiento, si atendemos a la naturaleza de la decisión, necesariamente tendría que plasmarse en un auto.