

35

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

S. PRAVIDE ET PRO

Revista

Enero 2015

35

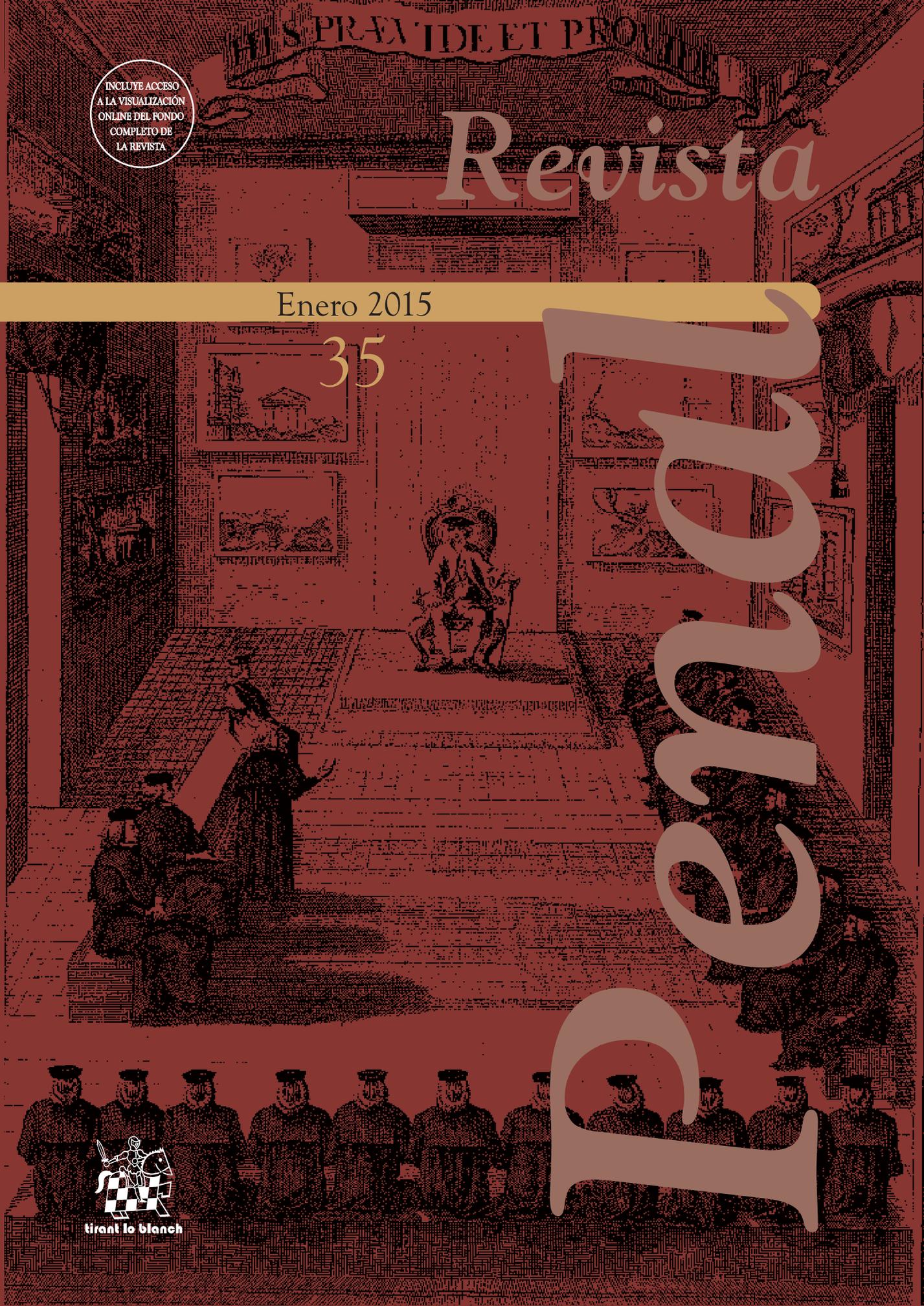
Revista Penal

Penal

Enero 2015



tirant lo blanc



Revista Penal

Número 35

Sumario

Doctrina:

- Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher, por *Paulo César Busato* 5
- La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal, por *Miguel Bustos Rubio* 24
- Expulsión de extranjeros en el Código penal, por *Mariano-David García Esteban*..... 45
- Las muertes sin pena en el Brasil. La difícil convergencia entre derechos humanos, política criminal y seguridad pública, por *Ana Elisa Liberatore S. Bechara* 84
- Tráfico prohibido de cosas en la Unión Europea. Especial consideración del delito de tráfico de drogas como objeto del Derecho penal transnacional europeo, por *Silvia Mendoza Calderón* 100
- La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista, por *Francisco Muñoz Conde*..... 129
- Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, por *Nicolás Rodríguez García* 139
- Los denominados “tratamientos médicos arbitrarios” ante el Derecho penal: de la STS de 26 de octubre de 1995 a la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014, por *Sergio Romeo Malanda* 173
- Victoria Kent (Una española universal), por *Antonio Sánchez Galindo* 189
- La sustracción de recién nacidos, por *José Luis Serrano González de Murillo*..... 208
- La pena capital en China, por *Yu Wang* 229
- La complicidad en matanzas ocurridas en campos de exterminio nacionalsocialistas (El caso Demjanjuk en el contexto de la jurisprudencia de la República Federal Alemana), por *Gerhard Werle y Boris Burghardt* ... 233

Jurisprudencia:

- Certificación falsa de fin de obra (A propósito del auto nº 6/2011, de 5-4-2011, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia) por *Carlos Martínez-Buján Pérez*..... 245

Sistemas penales comparados: Delitos contra el medio ambiente (Environmental Crimes)..... 261

Bibliografía: por *Francisco Muñoz Conde*..... 313

Noticias:

- Algunas ideas sobre el tratamiento jurídico del terrorismo (Grupo Latinoamericano de estudios sobre Derecho Penal Internacional)..... 335

Fe de erratas del número 34..... 338



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Francesca Consorte (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Yu Wang (China)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	R. Baris Erman (Turquía)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Expulsión de extranjeros en el Código penal

Mariano-David García Esteban

Revista Penal, n.º 35. - Enero 2015

Ficha Técnica

Autor: Mariano-David García Esteban

Title: Expulsion of foreigners established in the Criminal law

Sumario: I. Introducción. II. Finalidad. III. Clasificación de los diversos supuestos. 1. Supuestos administrativos. 2. Supuestos jurisdiccionales. IV. La naturaleza jurídica de la expulsión. V. Especial consideración al supuesto del art. 57.7 Lo 4/2000. VI. Análisis de cada supuesto de expulsión judicial. 1. Penas. A) Sustitución íntegra de pena: artículo 89.1 CP. B) Sustitución parcial: art. 89.5 Cp. 2. Expulsión como medida de seguridad. 3. Expulsión judicial en periodo de libertad condicional (art. 90.2 CP). VII. Proyecto de modificación del código penal. VIII. Conclusiones.

Resumen: El objeto del presente trabajo es realizar un examen general actualizado de la regulación legal de la medida de expulsión de extranjeros establecida en la Legislación penal, tratando desde un punto de vista estrictamente técnico los diferentes problemas y cuestiones que se generan en la aplicación de la misma. Para la consecución de dicho objetivo se han seleccionado y tratado resoluciones judiciales y artículos doctrinales y específicamente se han utilizado los estudios científicos elaborados desde prestigiosas Instituciones (Fiscalía General del Estado, Escuela Judicial, CEJFE,...). El estudio se centra en el análisis de los diferentes supuestos de expulsión jurisdiccional, examinando fundamentalmente el actual art. 89 del Código penal (en cuanto que supuesto base de la figura y referido a la pena de prisión), observando la problemática que se genera en su aplicación y tratando de dar soluciones a las mismas o en todo caso ofreciendo planteamientos que sirvan como herramientas en la resolución de eventuales problemas derivados de la aplicación de esta medida. Seguidamente se examinan los demás supuestos de expulsión jurisdiccional (de más infrecuente aplicación: arts. 96.3 y 108 CP referido a medidas de seguridad; art. 99 CP por concurrencia de penas y medidas de seguridad; y supuesto de libertad condicional del art. 90.2 CP) Finalmente se hacen unas consideraciones al proyecto de modificación del Código penal en lo referido a esta cuestión.

Palabras clave: expulsión, extranjeros, sustitución pena, sustitución medida de seguridad, consecuencia jurídica del delito, ejecución penal.

Abstract: The object of this study is to make a general and current exam about the legal regulation of the expulsion of foreigners established in the criminal legislation, considering from a strictly technical point of view the different problems and questions that the application of this measure can generated. To achieve this objective judicial decisions and doctrinal articles had been selected and worked and specifically scientific studies made for prestigious institutions (Attorney General, Law School, CEJFE,...) had been used. The study focuses on the analysis of the different cases of judicial expulsion, examining essentially the current art. 89 of the Criminal Code (the essential case and prison penalty referred), considering the problems which are generated by his application and trying to give solutions to them or giving ideas which work like tools to resolve the problems which are generated by his application. Then the rest of de cases of judicial expulsion are examined (more uncommon application: arts. 96.3 y 108 CP referred to security measures; art. 99

CP for concurrency of penalties and security measures; and the conditional liberty case of art. 90.2 CP). Finally some considerations about this question on the Criminal Code Project are made.

Keywords: expulsion, foreign, penalty replacement, security measure replacement, juridical consequence of criminal offences, criminal execution.

Rec. 4-09- 2014 Fav. 6-10-2014

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de la expulsión de extranjeros vigente se halla contenida fundamentalmente en dos cuerpos legales, una de carácter administrativo, la contenida en la Ley Orgánica de Extranjería¹, otra de carácter jurisdiccional, la contenida en el Código Penal², y dentro de cada texto se observan diversos preceptos que se corresponden con diversos supuestos.

De dicha normativa parece extraerse la conclusión de que la finalidad última de la misma es reducir al máximo dentro del territorio nacional la población extranjera, bien ya condenada por infracción penal, bien implicada en conductas penalmente reprochables, de suerte que se establece todo un catálogo de supuestos habilitantes de la expulsión del territorio español. En este sentido de se habla en la doctrina del criterio de “tolerancia cero”³.

II. FINALIDAD

A propósito de la finalidad de la figura de la expulsión de extranjeros de territorio español GONZÁLEZ CAMPO⁴ ha señalado “*La ampliación de la expulsión judicial expresa ante todo la preocupación singular del legislador por asegurar la salida del territorio nacional de los delinquentes extranjeros, reforzando la política migratoria del Estado con medios procesales que acaban primando dichos intereses gubernativos sobre los fines propios de la política criminal. Esta modali-*

dad sustitutiva produce desde su inicio cierto grado de rechazo en sectores de la doctrina penal en razón de la hibridación de instituciones administrativas y penales que entraña, lo que conduce a calificarla de auténtica “administrativización de la ejecución de la pena” como manifiesta PRATS CANUT”.

Así, la propia Exposición de Motivos de la LO 11/2003, una de las modificadoras del Código Penal en esta materia, señalaba a propósito de la expulsión judicial que “*De esta forma, se logra una mayor eficacia en la medida de expulsión, medida que, no podemos olvidar, se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y que han delinquido. En definitiva, se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se convierta en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto*”.

La reciente Sentencia n.º 132/2014 de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2014, ponente Excmo. Sr. Jorge Barreiro, analizando en vía casacional la aplicación de esta medida hace una síntesis de la doctrina establecida por dicho Alto Tribunal y por el Tribunal Constitucional sobre ella, señalando⁵:

“El primer párrafo de la norma, que se refiere a la sustitución íntegra de las penas privativas de libertad inferiores a seis años de prisión, ha sido objeto de una copiosa doctrina jurisprudencial con el fin de suavizar su redacción anterior a la reforma de 2010, adecuando así su interpretación a las exigencias de los tratados internacionales convenidos

1 LEY ORGÁNICA 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada, entre otras y por lo que afecta a esta materia, por L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, L.O. 14/2003, de 20 de noviembre, L.O. 2/2009, de 11 de diciembre.

2 LEY ORGÁNICA 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, modificado, entre otras y por lo que afecta a esta materia, por L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, L.O. 11/2003, de 29 de septiembre y L.O. 5/2010, de 22 de junio.

3 Citado en TORRES FERNÁNDEZ, Mª E., *La expulsión de extranjeros en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2012, p. 28, citando a su vez a SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos...* y a ASÚA BATARRITA, A., “La expulsión de extranjeros como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de inmigración”. *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002.

4 GONZÁLEZ CAMPO, E., *La ejecución penal en relación con el extranjero en situación irregular*. Encuentro Jueces Sentenciadores y Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Plan Estatal de Formación CGPJ 2010.

5 Los textos en “negrita” han sido expresamente seleccionados por el autor.

por España y a la jurisprudencia que los interpreta. A este respecto, en las SSTs 901/2004, de 8 de julio, y 906/2005, de 17 de mayo, se argumentó sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 del C. Penal (LA LEY 3996/1995), en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia, se amplíe la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos fundamentales en conflicto. **Por último, consideró este Tribunal en esas dos resoluciones que no debe otorgársele primacía a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de políticas criminales de mera seguridad frente a derechos fundamentales prioritarios del propio penado, que será oído en todo caso antes de adoptar la resolución relativa a la expulsión.**

Esta doctrina, con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, ha sido después reafirmada en su aspecto nuclear por esta Sala en las sentencias que ha proseguido dictando en años posteriores (SSTs 1231/2006, de 23-11 (LA LEY 160516/2006); 35/2007, de 25-1; 108/2007, de 13-2; 140/2007, de 26-2; 166/2007, de 14-2; 682/2007, de 18-7; 125/2008, de 20-2; 165/2009, de 19-2; y 498/2009, de 30-4, entre otras).

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la sentencia 242/2004, de 20 de julio, con motivo de aplicar la medida de expulsión en una sentencia penal basada en el C. Penal de 1995 (LA LEY 3996/1995), argumentó que “precisamente porque la medida de que se trata afecta a la efectividad de un derecho constitucionalmente tutelado en los términos antes expuestos, no puede abandonarse su aplicación a una decisión discrecional de los órganos jurisdiccionales. Es preciso, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan su aplicación —la condena en sentencia firme por delito castigado con pena igual o inferior a la de prisión menor— **que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, art. 39,1 CE), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión**”.

Desde otra perspectiva diferente a la anterior, se dijo en la sentencia de esta Sala 949/2009, de 16 de septiembre, **que la aplicación de los dos primeros párrafos del art. 89 del C. Penal (LA LEY 3996/1995) a partir de la reforma por Ley Orgánica 11/2003 (LA LEY 1490/2003) ha evidenciado su difícil compatibilidad con los fines del ordenamiento jurí-**

dico penal y ha obligado a seguir diferentes criterios interpretativos dependiendo de la cuantía de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia. Y así, en lo que respecta a la ejecución de las penas de prisión inferiores a dos años, al hallarnos en un tramo donde el texto penal prioriza la reinserción del penado a través de la suspensión de condena y de los sustitutivos penales, ha sido preciso individualizar el entorno personal y social del extranjero para ajustar la aplicación del art. 89 a las exigencias del principio de proporcionalidad, evitando también no vulnerar derechos fundamentales del penado tutelados por la Constitución y los convenios internacionales suscritos por España.

En cambio, en lo que respecta a las penas privativas de libertad comprendidas en el tramo que va desde los dos hasta los seis años de prisión el automatismo que se desprende de la redacción literal del precepto genera auténticas situaciones de impunidad, al reaccionar el sistema penal con la mera expulsión del territorio nacional de autores de delitos de notable gravedad, diluyéndose en gran medida la función coercitiva y disuasoria de la norma penal frente a acciones delictivas de grave entidad. Y es que en el caso de que se acordara la expulsión del penado de forma automática en tales supuestos de penas de cierta gravedad, no sólo se debilitaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (perspectiva de la prevención general negativa), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como graves (perspectiva de la prevención general positiva).

Por consiguiente, si bien el legislador en su reforma del art. 89 por LO 11/2003 (LA LEY 1490/2003) ha atendido en gran medida a tutelar ciertos objetivos específicos de la política de extranjería o de inmigración, ello no significa que puedan orillarse los fines específicos del sistema penal, ya que de ser así quedaría este instrumentalizado y desnaturalizado en sus funciones más primordiales. Deben, por tanto, compatibilizarse los objetivos de la política de inmigración con las exigencias preventivo generales (confirmación de las normas que imponen el respeto a los bienes jurídicos tutelados y la desincentivación de conductas delictivas) y con el favorecimiento de la prevención especial (evitar la reiteración en el delito y procurar la reinserción social).

Precisamente para solventar los graves inconvenientes procesales y sustantivos que generaba la redacción del art. 89 anterior a la LO 5/2010 (LA LEY 13038/2010), esta última reforma, además de dar intervención al penado y a las partes personadas antes de adoptar una decisión, abre una estrecha vía para que de forma motivada el Juez aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, amortiguando así el rígido y severo automatismo que hasta ahora existía para acordar la expulsión, vía que se ve confirmada por la supresión del adverbio “excepcionalmente”.

En conclusión, se ha tratado por el legislador de imponer una determinada política de extranjería a través de la política criminal articulada desde el Código penal, si bien nuestros Altos Tribunales han ido atemperando lo que hubiera sido una interpretación fría y directa de los preceptos penales para adecuarlos a las exigencias y obligaciones asumidas por España a través de los Tratados Internacionales así como las derivadas de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución.

III. CLASIFICACIÓN DE LOS DIVERSOS SUPUESTOS

De la observación de los diversos supuestos de expulsión de extranjeros establecidos en nuestro ordenamiento jurídico y teniendo en cuenta las consideraciones realizadas anteriormente respecto de la finalidad perseguida, podemos diferenciar aquellos de carácter puramente administrativo y los jurisdiccionales⁶. De unos y de otros podemos hacer la siguiente clasificación:

1. Supuestos administrativos

A) Expulsión administrativa pura contemplada en el art. 57.1 LOExt. como consecuencia de las infracciones graves del art. 53.1.a), b), c), d) y f) y las muy graves del art. 54 de la propia Ley, que se prevé con carácter alternativo a la sanción de multa atendido el principio de proporcionalidad, mediante el oportuno expediente administrativo y resolución que efectúe una valoración de los hechos.

B) Expulsión administrativa determinada por proceso penal:

a. **La contemplada en el art. 57.2 LOExt.** que dispone “*Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados*”.

b. **La contemplada en el art. 57.8 LOExt.** que dispone “*Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas*

como delitos en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad”.

C) Expulsión administrativa con incidencia en el proceso penal del art. 57.7 LOExt. que señala: “*a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación. En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior. b) No obstante lo señalado en el párrafo a) anterior, el juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal. c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal.*”

2. Supuestos jurisdiccionales

A) Expulsión jurisdiccional por sustitución de penas privativas de libertad inferiores a 6 años de extranjeros no residentes legalmente en España prevista en el **art. 89.1 del Código penal**.

B) Expulsión jurisdiccional por sustitución de cualquier pena privativa de libertad prevista en el **art. 89.5 del Código penal**, con dos supuestos alternativos:

- una vez obtenido el tercer grado penitenciario o;
- una vez extinguidas las tres cuartas partes de la condena.

C) Expulsión jurisdiccional derivada de la imposición de la medida de seguridad no privativa de libertad prevista en el **art. 96.3.2º del Código penal**.

D) Expulsión jurisdiccional por sustitución de las medidas de seguridad (privativas o no privativas de li-

6 FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., *Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010*.

7 En estos términos se refiere TORRES FERNÁNDEZ, M^a E., *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, Madrid. LA LEY, 1^a Ed. Abril 2012, pp. 31 y ss.

bertad) que le fueren aplicables prevista en el **art. 108 del Código penal**.

E) **Expulsión jurisdiccional acordada** en virtud de lo dispuesto en el art. 99 del Código penal que remite a la aplicación de las medidas previstas en el art. 96.3 del Código Penal.

F) **La expulsión jurisdiccional** derivada de la imposición de la regla de conducta prevista en el **art. 96.3.2º** del Código penal cuando se obtiene la libertad condicional ex **art. 90.2 del Código penal**.

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN

A la vista de todos los supuestos referidos anteriormente no puede hablarse de una naturaleza jurídica única, sino que cada supuesto aparece regulado con una normativa específica y por tanto a ella ha de atenderse para integrarla y poder comprender su naturaleza jurídica propia.

Es evidente que todos tienen en común el contenido propio de la medida: **la expulsión de un extranjero de territorio español** (y por extensión los países “Schengen” como luego veremos) **y la prohibición de regreso por cierto tiempo**. A partir de aquí ha de perfilarse cada supuesto. Así, se distingue, como hemos hecho, los supuestos administrativos de los judiciales o jurisdiccionales. Además, se ha hablado de los diversos supuestos en por las diversas etapas⁷ en las que se puede producir: el supuesto del art. 57.7 LOExt. en la fase previa de inicio del proceso penal (para excluir su continuación); el supuesto del art. 89.1 CP en el momento de Sentencia o posterior para penas o art. 96.3.2º CP para medidas de seguridad; 89.5 CP, cuando ya se ha ejecutado una parte sustancial de la condena; 108 CP y 99 CP para supuestos de medidas de seguridad como posibilidad de sustitución; finalmente, en fase de libertad condicional del art. 90.2 CP.

Dejando aparte los supuestos administrativos, que no son objeto de este trabajo, y centrándonos en los supuestos estrictamente jurisdiccionales del art. 89 CP, ha de señalarse que el tema de la naturaleza jurídica de la figura de la “expulsión de territorio nacional” ha generado (genera) una gran controversia doctrinal y jurisprudencial.

Así se ha de comenzar señalando que el art. 89 CP está ubicado dentro de la sección 2ª (“De la sus-

titución de las penas privativas de libertad”), del Capítulo 3º (“De las formas sustitutivas de la ejecución de penas privativas de libertad y la libertad condicional”), del Título III referido a las penas, en el Libro I del Código penal.

Una primera consideración es la que apunta a que aunque está ubicada sistemáticamente como una medida “sustitutiva”, lo cierto es **que se trata más de una “condición suspensiva” de la ejecución**, esto es, se trataría de una suspensión de la ejecución de la pena provocada por la expulsión del penado y en dicho estado permanece (suspendida) mientras no se produzca el regreso del mismo (y no se produzca la revisión de devolución en frontera). Esta postura ha sido referida por el propio Tribunal Constitucional en STC 242/1994, de 20 de julio y 24/2000, de 31 de enero, e incluso la FGE en Circular 3/2001 habla de “suspensión de la potestad jurisdiccional”. **No obstante, como se ha dicho, se viene relacionando la medida con el instituto de la sustitución que no con el de la suspensión de la ejecución de la pena.**

La expulsión de territorio nacional ha sido calificada como una medida “restrictiva de derechos” pues por su propia configuración no es “privativa de libertad”.

Pero hechas estas dos consideraciones a partir de aquí surgen las discrepancias.

La jurisprudencia (así la tan mentada STS 901/2004) viene refiriéndose a ella como una “medida de seguridad” pues como una de las “no privativa de libertad” está contemplada en el art. 96.3.2º del Código penal. Y de hecho no aparece relacionada en el catálogo de penas (art. 33 CP). No obstante esto, la doctrina parece unánime a la hora de rechazarla como medida de seguridad pues no cumple ni los requisitos ni la finalidad de éstas (así no está referido a supuestos de peligrosidad, ni tiene finalidad terapéutica respecto de inimputables o semiinimputables). Así se ha señalado “*La inserción sistemática de la expulsión dentro del Código Penal en el Capítulo III del Título III del Libro II, entre las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad, hace de difícil asunción su consideración como medida de seguridad, pues la previsible homogeneidad que debe darse entre sustituto y sustitutivo disuade de calificar como genuina medida de seguridad al sustituto de una pena*”⁸.

8 GONZÁLEZ CAMPO, E., *La ejecución penal en relación con el extranjero en situación irregular*. Encuentro Jueces Sentenciadores y Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Plan Estatal de Formación CGPJ 2010. En este trabajo, a propósito de ello, y en relación a la finalidad, ha señalado “*De la identidad de supuestos de hecho observables en la norma administrativa y penal cabe inferir que la expulsión judicial*

La Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 1231/2006, de 23 de noviembre, llega a calificarla como “*cuerpo extraño en el esquema legalmente establecido para sancionar conductas delictivas*”. No obstante, como se ha señalado, la jurisprudencia se viene refiriendo a esta figura generalmente y desde un punto de vista estrictamente formal como “*medida de seguridad*”. Con todo y con eso, la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2013, Ponente Excmo. Sr. Maza Martín, se refiere a esta medida (¿por error?) como “*pena*”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6ª, de 9 de noviembre de 2009 (ROJ: SAP B 11447/2009), a propósito de esta cuestión señaló “*En cuanto a la segunda de las cuestiones, es tan sencilla en su planteamiento como compleja en su resolución. Se trata de determinar si la expulsión sustitutiva de la pena privativa de libertad impuesta al extranjero sin residencia legal en España a que se refiere el art. 89 del C.P. constituye pena o tiene otra naturaleza jurídica. El apelante cita en su recurso una sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona (ponente Sánchez Siscart) en apoyo de sus tesis. La misma (en sintonía con otras dictadas por esa misma sección) otorga a la expulsión la naturaleza de pena vinculando tal conclusión tanto al principio de legalidad penal como a razones sistemáticas. Los razonamientos son brillantes en su exposición e impecables en el desarrollo de los presupuestos de los que parte, pero contradicen el contenido textual del propio Código Penal, que tras la reforma operada por la L.O. 15/2003 ha eliminado cualquier duda sobre tal naturaleza jurídica. El art. 96 incorpora como medidas de seguridad no privativas de libertad la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en nuestro país, medida que por otra parte no aparece en ninguno de los listados de penas a que se refieren los arts. 32, 33, 35 y 39 del C.P. (en contra de lo que afirma el apelante), que necesariamente hay que considerar como catálogo cerrado en atención a la aplicación del principio de legalidad previsto en el art. 2 del propio C.P.*

Tal ha sido la tesis acogida por la Sala II del T.S. en sentencia de 8 de julio de 2004 (ponente Giménez

García) y compartida por esta misma Sección en resoluciones anteriores”.

Así, dado que se entiende por los autores que no es una “*pena*” ni puede ser considerada “*medida de seguridad*”, FERNÁNDEZ ARÉVALO la define como “*una forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad*”, y se habla de que sólo se puede hablar de la expulsión como una “*consecuencia penal*”⁹.

Y es que este tema de la naturaleza jurídica, además de determinar los principios aplicables en la interpretación de la institución en cada caso, se traduce en un indudable interés práctico a la hora de decidir sobre la eventual celebración del Juicio oral en ausencia del acusado a que se refiere el art. 786.1 párrafo 2º LECRIM al señalar que “*La ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente, o en el domicilio o en la persona a que se refiere el artículo 775, no será causa de suspensión del juicio oral si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años”.*

Y es que si el escrito de calificación del Ministerio Fiscal interesa la condena del acusado a la pena de prisión correspondiente (inferior a 2 años) e insta ya en su escrito la sustitución de ésta por la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en el mismo por tiempo superior a 6 años, se plantea la interesante cuestión de determinar si es posible celebrar el Juicio en ausencia del acusado.

Antes de LO 5/2010 la cuestión presentaba mayor interés porque a través de la LO 11/2003 se introdujo que el plazo de prohibición de regreso a España era en todo caso de 10 años, por lo que siempre y todo caso se producía este problema. Desde la LO 5/2010 se ha vuelto a establecer un arco temporal (de 5 a 10 años) por lo que es posible es la solicitud de sustitución de pena por la expulsión y prohibición de entrada superior los citados 6 años surgiendo, como se ha dicho, la cuestión de si es posible celebrar o no el Juicio en ausencia del acusado.

no es una reacción al delito —pese a estar prevista en el Código Penal—, sino por el contrario, una renuncia al ejercicio del *ius puniendi* en el plano procesal, manifestación de un principio de oportunidad reglada que el legislador introduce en el ordenamiento penal con el fin de evitar que el proceso obstaculice la realización de otros fines del Estado, como son los concernientes a la política de inmigración y control de flujos migratorios”.

9 Citado en TORRES FERNÁNDEZ, Mª E., *La expulsión de extranjeros en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2012, p. 72.

La citada Sentencia de AP Barcelona de 2009 se acoge a un criterio estrictamente formal al señalar que *“Por todo lo anteriormente argumentado, el motivo no puede prosperar al considerar que los límites fijados en el art. 786.1 de la L.E.Cr. se refieren exclusivamente a ‘penas’, y no alcanzan a las medidas de seguridad que puedan aplicarse con carácter sustitutorio, por lo que la celebración del juicio en ausencia del acusado resultó en el presente caso ajustado a derecho al respetarse todas y cada una de las previsiones legales y aquéllas otras exigidas jurisprudencialmente, como la necesidad de otorgar audiencia al acusado, ya que la expulsión como medida sustitutoria se solicitó por el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación y resultó conocida por aquél, pudiendo haber efectuado las alegaciones que hubiera considerado oportunas respecto a su situación legal en España tanto en el escrito de defensa como en el acto de la vista, aportando la prueba que hubiera estimado necesaria”*.

No obstante lo anterior, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª, de 24 de febrero de 2009, acogiendo la Sentencia de la AP de Tarragona citada dentro de la anterior Sentencia de la Sección 9ª de 13 de marzo de 2006, entendía que no era posible celebrar el Juicio en ausencia del acusado.

La situación en el proyecto de modificación de Código penal que está actualmente en tramitación parlamentaria (de octubre de 2013) parece que continuará en los mismos términos pues tampoco aparece relacionada la medida de expulsión en el catálogo de penas.

Una posición prudente aconsejará, y en tanto no es establezca legal (o jurisprudencialmente) un criterio claro, no celebrar el Juicio oral en ausencia del acusado extranjero al que se le inste la imposición de pena de prisión inferior a dos años a sustituir por su expulsión de territorio nacional con prohibición de regreso a España por tiempo superior a 6 años en el escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal so pena de nulidad del Juicio.

V. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL SUPUESTO DEL ART. 57.7 LO 4/2000

Ya hemos señalado anteriormente en la clasificación que hemos realizado de las expulsiones de extranjeros, el supuesto administrativo de expulsión pero con incidencia en el proceso penal contemplado en el art. 57.7 LO 4/2000, que por tener especial relevancia en el curso del procedimiento penal y por la frecuencia

de su ocurrencia, hemos considerado conveniente realizar una breve referencia al mismo (aunque no se trate, como hemos visto, de una expulsión jurisdiccional que es objeto del trabajo).

Así el citado art. 57.7 LO 4/2000, de 11 de enero señala:

“a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación.

En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior.

b) No obstante lo señalado en el párrafo a) anterior, el juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal”.

En este sentido, se pueden hacer las siguientes consideraciones:

a) Se trata, como se ha dicho, de un supuesto de expulsión administrativa, por lo que presupone la concurrencia de alguna de las infracciones sancionadas con medida de expulsión, dándose la circunstancia que el sujeto afectado, el extranjero, tiene iniciado un procedimiento penal en los términos que establece. En este sentido, no se trata de que el Juez de Instrucción actúe como garante de los derechos fundamentales del extranjero (que ya habrán sido controlados, en su caso, por el Juez de lo Contencioso-administrativo competente), sino que esta autorización ha de relacionarse con el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117 CE) y el principio de legalidad penal (art. 3.1 CP), de modo que dicha autorización implicará la renuncia al ejercicio del *ius puniendi* mediante la continuación del proceso penal que se detiene a través de la verificación de la expulsión autorizada. **Algunos autores llegan a hablar de una aplicación**

o ejemplo del principio de oportunidad (TOMÉ GARCÍA)¹⁰.

Ha de existir, por tanto, una resolución administrativa por hechos constitutivos de infracción administrativa sancionados con medida de expulsión y que han de ser necesariamente diversos de los que hayan motivado la iniciación de las diligencias penales por impedirlo la aplicación del principio *non bis in idem* y la prevalencia del Derecho penal frente al administrativo sancionador. Y al mero examen de dicho supuesto ha de limitar el Juez de instrucción su control, así “*No ha de entrarse en el análisis de cuestiones tales como el arraigo de la persona afectada, o la plena acreditación de los hechos que fundamentan la causa de expulsión invocada en el expediente administrativo*”¹¹.

- b) El supuesto no se refiere a “extranjeros residentes ilegalmente” sino a “extranjeros” en general.
- c) Ha de estar pendiente un procedimiento penal por delito de cualquier clase que tenga señalada o bien pena privativa de libertad inferior a 6 años (fundamentalmente diligencias previas del procedimiento abreviado y diligencias urgentes de Juicio rápido; quedando excluido a priori el sumario ordinario por partir de penas superiores a los 9 años de prisión y de forma muy excepcional el del Tribunal del Jurado por comprender delitos bien con penas también superiores o bien delitos casi imposible comisión por extranjeros, v.g., delitos cometidos por funcionarios públicos,...); o bien penas de cualquier otra naturaleza diversa de la privativa de libertad. También es posible que el procedimiento penal existente sea por falta.
- d) Esta circunstancia ha de conocerse en el expediente administrativo por cualquier medio (generalmente las bases de datos de Policía Nacional y/o Guardia Civil expondrán esta circunstancia; puede producirse mayores problemas en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de policía transferida como Cataluña, País Vasco y Navarra, en las que no necesariamente las detenciones que se hayan producido pueden llegar a ser conocidas por la Autoridad del Estado por razones de descoordinación, etc...).
- e) Que la Autoridad administrativa (lo que se verificará a través de la correspondiente Brigada de

Policía Nacional-Extranjería) instará al órgano judicial de que se trate para que proceda a dictar resolución. Al leer este primer párrafo marcado como “a)” uno se puede llegar a preguntar quién insta esta resolución pues no se indica sino que no es hasta el segundo párrafo *cuando consten en el Expediente administrativo varios procedimientos* cuando se establece expresamente que la Autoridad administrativa “instará” de todos los órganos judiciales dicha autorización.

- f) El órgano judicial correspondiente (generalmente el Juzgado de Instrucción oportuno) dictará resolución “*en el plazo más breve y en todo caso no superior a tres días*”. Esta resolución, que habrá de ser Auto pues ha de ser necesariamente y en todo caso motivada, pues de una primera lectura del precepto parece desprenderse que únicamente se ha de motivar la resolución en caso de ser denegatoria a la autorización, pero esta interpretación no sería conforme a la que se viene estableciendo en esta materia por la jurisprudencia relativa a la ponderación de los intereses del Estado en obtener la expulsión del extranjero y los derechos fundamentales del extranjero.

El Auto sería recurrible en reforma y en queja y determinarí, en caso de producirse la expulsión, el archivo provisional de las actuaciones se entiende que hasta prescripción.

- g) Ha de ser en todo caso “previa audiencia del Ministerio Fiscal”, si bien el art. 247 del Reglamento de Extranjería (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009) transcribe parcialmente el art. 57.7 LOExt. e incluye además la audiencia de “*el interesado y las partes personadas*”.
- h) Si le constan diversos procedimientos la Autoridad administrativa ha de instar esta autorización en todos y cada uno de ellos. Puede suceder que esta circunstancia no conste en el expediente y se proceda a la autorización por parte de los que sí consten y con desconocimiento de los que no consten. Si uno de estos órganos no concede la autorización paralizaría la expulsión respecto de todos, lo que

10 Citado en TORRES FERNÁNDEZ, M^a E., *La expulsión de extranjeros en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2012, p. 110.

11 Citado en TORRES FERNÁNDEZ, M^a E., *La expulsión de extranjeros en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2012, p. 127.

habría de ser comunicado por parte de la Autoridad nuevamente a todos ellos, incluso es conveniente que en el Auto de autorización se establezca la obligación a la Autoridad administrativa de comunicar el resultado de la expulsión a los efectos de continuar, en su caso, con el procedimiento para el caso de que no llegara a verificarse la expulsión administrativa acordada.

A estos efectos el citado anteriormente art. 247, párrafo 3º, RExt. señala que *“A los efectos de lo dispuesto en este artículo, se considerará que consta acreditado en el expediente administrativo de expulsión la existencia de procesos penales en contra del expedientado, cuando sea el propio interesado quien lo haya acreditado documentalmente en cualquier momento de la tramitación, o cuando haya existido comunicación de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal al órgano competente para la instrucción o resolución del procedimiento sancionador, en cualquier forma o a través de cualquier tipo de requisitoria”*.

- i) Los párrafos b) y c) son disposiciones acordes con los preceptos correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código penal.

Se puede destacar que respecto de este artículo se dictó por la **Fiscalía General del Estado la Instrucción 4/2001, de 25 de julio, sobre la autorización judicial de la expulsión de los extranjeros imputados en procedimientos penales**, en la que justificaba este artículo en la “alarma social” que genera que extranjeros que cometían infracciones penales se vieran favorecidos en el expediente de expulsión por la existencia de esos procedimientos penales que se originaban frente a los que no habían cometido infracción penal alguna que veían cómo sus expedientes administrativos eran tramitados con más celeridad; de esta forma, se entendía que incluso había extranjeros que podían llegar a cometer delitos menores para poner en marcha el oportuno procedimiento penal que dificultase su expulsión, de forma que era como un aliciente a la comisión de delitos, y así a través de esta Instrucción y de acuerdo con otras circulares que se habían dictado ya en materia de extranjería, se instaba a los Sres. Fiscales a que informaran positivamente las expulsiones y que promoviesen de forma activa el acuerdo de las mismas.

En esta Instrucción se hacen además consideraciones interesantes sobre el mismo, y así *“Por otra parte, la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, en el citado artículo 57.7 de Ley Orgánica 4/2000, ha sustituido el término “encartado”, que se venía utilizando desde la vieja Ley Orgánica 7/1985, por el de “procesado*

o inculpado”. El significado del término “procesado” es inequívoco, pero no será de aplicación al supuesto del artículo 57.7, porque éste se limita a los delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años y el procesamiento es un trámite exclusivo del sumario ordinario, que se reserva para la instrucción de los delitos castigados con pena privativa de libertad superior a nueve años (art. 779 LECrim). En cuanto al significado del término “inculpado”, ha de entenderse, conforme a la jurisprudencia constitucional sobre el procedimiento abreviado, y como ya expuso la mencionada Circular número 1/1994, que la condición de imputado o inculpado se adquiere desde el mismo momento en que el Juez de Instrucción pone en su conocimiento el hecho punible objeto de las diligencias previas y le ilustra de sus derechos, lo cual ha de tener lugar en la primera comparecencia prevista en artículo 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Desde este momento, por tanto, ya se tiene conocimiento de cuál es el delito que se le imputa al extranjero en cuestión —en particular, si se trata o no de delito castigado con pena privativa de libertad inferior a seis años, lo que obviamente incluye también cualquier otra pena no privativa de libertad— y es posible autorizar su expulsión, si así lo interesa del Juez de Instrucción la autoridad gubernativa competente”.

Por su parte la Circular de la FGE 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de inmigración y extranjería en trata este precepto estableciendo en su conclusión 17ª que en el caso de que concurren varios procedimientos penales no existe obstáculo para que una vez acordada la expulsión sustitutiva en el primero de ellos, se informe favorablemente vía art. 57.7 todos los demás. Igualmente, en su conclusión 41ª impone a los Sres. Fiscales la obligación de informar favorablemente las expulsiones en tal supuesto cuando se trate de procedimientos por falta o por delitos no castigados con pena privativa de libertad pues estos casos se sitúan siempre fuera del art. 89 CP de modo que queda expedita la vía administrativa. Es decir, las instrucciones dadas a los Sres. Fiscales tratan de ponderar la gravedad del ejercicio del ius puniendi entendiendo que las infracciones por falta y las de delito castigados con penas no privativas de libertad caen fuera del ámbito específico del art. 89 CP permitiendo en tales casos el informe favorable a que se produzca la expulsión administrativa del extranjero en vía del art. 57.7 LOExt.

No obstante, la también la Circular de la FGE de 2007 en materia de extranjería señalaba que *“Asimismo, se ordena prestar particular atención a los intere-*

ses de las víctimas, cuando se hubieran producido perjuicios materiales importantes y el imputado parezca solvente, así como a la relevancia que la declaración del extranjero pueda tener para el esclarecimiento de las responsabilidades de otros imputados”, y ello a los efectos de no informar favorablemente la expulsión.

Y ha de considerarse igualmente que este artículo será de aplicación, como se ha señalado anteriormente, desde el primer momento en que conste en procedimiento penal por delito o falta con penas privativas de libertad inferiores a 6 años o de otra naturaleza en cuanto tenga la condición de imputado, y sólo se podrá instar, según criterio de la Circular FGE 3/2001 hasta el inicio de las sesiones del Juicio oral, y en cualquier caso nunca después de pronunciada sentencia a partir de cuyo momento sólo será posible la sustitución de la pena por la vía del art. 89 del Código penal en los supuestos a que éste artículo se refiere. No obstante, en la doctrina también se sitúa como momento preclusivo de la solicitud el Auto de apertura de Juicio Oral¹², momento a partir del cual el proceso penal se hace indisponible para el Juez de lo Penal¹³. Sin embargo, ha de manifestarse que también se ha apuntado la posibilidad de que incluso una vez firme la sentencia y en fase de ejecución, para el caso de que la pena impuesta estuviese suspendida, se pudiera autorizar la expulsión gubernativa¹⁴.

Sobre esta y otras cuestiones relacionadas se trata abundantemente en la **CIRCULAR FGE 2/2006 sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España** en lo no alterado o afectado por la citada Circular 5/2011 posterior sobre esta misma materia.

Finalmente señalar que tanto en la normativa de extranjería como en la penitenciaria así como sobre el Ministerio Fiscal y los órganos judiciales (DA 17ª 19/2003 de modificación de LOPJ, que posteriormente será objeto de estudio) se establece una pluralidad de normas específicas para la intercomunicación entre instituciones a los efectos de procurar la expulsión acordada o promover el oportuno expediente a tal fin.

VI. ANÁLISIS DE CADA SUPUESTO DE EXPULSIÓN JUDICIAL

1. Penas

A) **Sustitución íntegra: art. 89.1 CP**

B) **Sustitución parcial: art. 89.5 CP**

2. Medidas de seguridad

A) **Directa del art. 96.3.2º CP**

B) **Por sustitución art. 108 CP**

C) **Supuesto especial para semiinimputables art. 99 CP.**

3. Expulsión en LIBERTAD CONDICIONAL: art. 90.2 CP

1. Penas

EVOLUCIÓN DEL TEXTO LEGAL

Centrándonos en el Derecho positivo y dentro de éste en el específicamente contemplado en el Código penal, se pueden transcribir las diversas redacciones dadas al artículo que contiene el régimen jurídico principal relativo a la expulsión, esto es, **el art. 89 CP** que han ido buscando la finalidad anteriormente señalada, considerando los otros supuestos que señalaremos como supuestos específicos (atípicos los denomina GONZÁLEZ CAMPO), respecto de éste, y así¹⁵:

1) Redacción original

Artículo 89.

“1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial

12 Citado en TORRES FERNÁNDEZ, Mª E., *La expulsión de extranjeros en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2012, p. 118.

13 Citado en TORRES FERNÁNDEZ, Mª E., *La expulsión de extranjeros en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2012, p. 119.

14 En este sentido se pronuncia el Acuerdo 3.1.4 de las Conclusiones alcanzadas en el Seminario de “Ejecución de penas”, Coordinador Sr. Barrientos Pacho, en el Seminario desarrollado al efecto en el Plan de Formación del CGPJ celebrado en Madrid del 20 al 22 de junio de 2012.

15 Interesante sobre la evolución del precepto el trabajo de GONZÁLEZ CAMPO, E., *La ejecución penal en relación con el extranjero en situación irregular*. Encuentro Jueces Sentenciadores y Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Madrid, 27 y 28 de septiembre de 2010. Plan Estatal de Formación 2010.

de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa”.

2) Primera modificación del artículo 89 CP

A través de la Disposición Adicional 2 de la LO 8/2000, de 22 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Ref. BOE-A-2000-23660) se introduce un apartado 4º a la anterior redacción en los siguientes términos:

“4. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6.o, 517 y 518 del Código Penal”.

3) Tercera modificación (sustancial) del Artículo 89

Se modifican los apartados 1, 2 y 3 por el art. 1.3 de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. (Ref. BOE-A-2003-18088)

“1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal.

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

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

4. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6.o, 517 y 518 del Código Penal.”

Esta nueva redacción dada al art. 89 a través de la citada LO 11/2003 supuso un cambio sustancial en la concepción del precepto pues:

- a) La medida de expulsión ya no se prevé con carácter facultativo para el Juez o Tribunal, sino que con esta nueva redacción se establece como preceptiva (pues pasa de “podrán” a “serán sustituidas”).
- b) La prohibición de entrada en territorio español no se contempla en un arco temporal a determinar por el Juez o Tribunal, sino que en todo caso será de 10 años.
- c) La consecuencia del quebrantamiento de la prohibición de entrada es en todo caso la expulsión con prohibición de aplicación de los institutos de suspensión/sustitución ordinaria de penas de los arts. 80, 87 y 88 del Código penal¹⁶.

No obstante, como se ha dicho en la introducción, la Jurisprudencia se encargó de interpretar esta precepto a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por España a través de tratado así como las derivadas de los derechos fundamentales reconocidos en la

16 Se llegó a plantear cuestión de inconstitucionalidad por entender que el precepto introducía una desigualdad (vulneración art. 14 CE) respecto de los extranjeros que no pudieran ser expulsados pues a ellos se les impedía la aplicación de los beneficios penales sin ninguna otra consideración. No obstante el Tribunal Constitucional inadmitió a trámite la cuestión por Auto n.º 132/2006, Pleno, de 4 de abril, por entender que era posible una interpretación del precepto de acuerdo a la Constitución señalando “Tal conclusión no es, sin embargo, en modo alguno obligada, ni desde el punto de vista literal, ni a partir de una interpretación sistemática o teleológica. Por el contrario, tales métodos de interpretación permiten alcanzar la conclusión contraria, esto es, que el extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido tiene acceso, en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los arts. 80, 87 y 88 CP, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España”.

Constitución, dictándose la importante Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo n.º 901/2004, de 8 de julio, que imponía la necesaria audiencia del penado a los efectos de poder valorar y ponderar los intereses en conflicto.

4) Redacción vigente del artículo 89

Finalmente, el artículo 89 ha sufrido una nueva afectación legislativa a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (Ref. BOE-A-2010-9953) que introdujo alguna de las consideraciones que venía realizando la Jurisprudencia si bien no de forma tan directa como hubiera sido recomendable, lo que ha obligado nuevamente a realizar pronunciamientos jurisprudenciales que siguen apuntando en la línea que ya estaba establecida.

“1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

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

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

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecie razones que justifiquen el cumplimiento en España.

6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá

acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código.

7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código”.

5) Proyecto de Ley de reforma del Código Penal actualmente en tramitación en las Cortes Generales: posteriormente haremos algunas consideraciones sobre la propuesta de reforma en trámite.

A) Sustitución íntegra de pena: artículo 89.1 CP

Como hemos referido con anterioridad, este artículo se ubica en la sección segunda intitulada “de la sustitución de las penas privativas de libertad”, dentro del capítulo 3º dedicado a las “formas sustitutivas de la ejecución de penas privativas de libertad y la libertad condicional”, a su vez, dentro del Título III (De las penas), del Libro I del Código penal de 1995.

Igualmente, como también hemos señalado a propósito de la naturaleza jurídica tan controvertida, ha sido calificada como una medida “privativa de derechos” y por tanto, de menor afectación que las consecuencias previstas en el Código con naturaleza “privativa de libertad”; concretamente afecta al derecho del 19 CE de libre circulación y residencia.

El artículo 89.1 CP señala **“Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.**

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas”.

Podemos ir analizando cada uno de sus elementos configuradores, algunos de los cuales son comunes con los otros supuestos.

1. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD INFERIORES A 6 AÑOS

Ha de comenzarse poniendo de manifiesto que el precepto se refiere a “**penas**”, de suerte que si se tratara de “medida de seguridad” el régimen jurídico aplicable sería el del art. 108 CP al que posteriormente nos referiremos específicamente.

Así el precepto comienza delimitando su aplicación a los supuestos en que se haya impuesto “**pena privativa de libertad**” que de conformidad con lo establecido en el art. 35 CP únicamente son la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

A partir de aquí se pueden plantear diversas cuestiones **en cuanto a la naturaleza de la pena** impuesta, así:

- Se excluye por tanto de su aplicación las penas privativas de otros derechos y la multa (sin perjuicio de la responsabilidad personal derivada en su caso). Se acude al expediente del art. 57.7 LOExt. como se ha señalado anteriormente al tratarlo de forma específica.
- La Conclusión 12ª de la Circular FGE 5/2011 señala que *“Es injusta y desproporcionada la sustitución por la expulsión de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa o de las penas privativas de libertad impuestas por la comisión de una falta cuando la condena impuesta se funde en la comisión de hechos aislados o perfectamente delimitados que no acrediten un comportamiento del extranjero claramente hostil a nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, no será desproporcionada la expulsión cuando la falta o el delito cometido sea la última de las manifestaciones indicadoras de una forma de vida patentemente contraria al orden público español —como lo acreditaría la existencia de una pluralidad de condenas por delito o faltas—, constituya un instrumento defraudatorio del régimen jurídico de la estancia y residencia de los extranjeros en España previsto y regulado en la Ley Orgánica 4/2000, o signifique un obstáculo para la ejecución de la expulsión acordada en otro procedimiento penal por delito”*.
- En el mismo sentido la conclusión 13ª respecto de la pena de **localización permanente**.

En cuanto a la **extensión cuantitativa de la pena** se pueden hacer igualmente diversas consideraciones:

- La sustitución alcanza a todas las penas inferiores a 6 años, de modo que el supuesto contemplado en el art. 71.2 CP (pena de prisión inferior a 3 meses

que será en todo caso sustituida conforme a las reglas generales, *“sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda”*. Así se refiere la conclusión 11ª de la citada Circular, sin embargo se puede entender, en beneficio del reo, que tiene preferencia la suspensión de la ejecución de la pena frente a la sustitución por expulsión (sin perjuicio de la expulsión administrativa que pudiera acordarse).

- Se ha planteado la cuestión interpretativa relativa a si existen varias penas sustituibles en la Sentencia que superan, en su conjunto, los 6 años del límite. Generalmente se viene interpretando que son sustituibles todas ellas aunque en su conjunto superen los 6 años siempre que ninguna de ellas supere individualmente los 6 años. En este sentido parece que se pronunció la SSTS n.º 1400/2005, 901/2004, 1231/2006, 521/2010, entre otras, si bien también ha de señalarse que posteriormente el Tribunal Supremo ha aplicado el criterio establecido para la suspensión de la ejecución de la pena en el art. 81.2 CP en STS 844/2010, de 13 de octubre.
- La FGE en la Circular 5/2011 entiende que lo relevante para decidir sobre la sustitución en relación a esta condición objetiva no es la pena abstracta establecida para el delito, sino la pena concreta impuesta en la Sentencia (Conclusión 14ª).

Una problemática que puede surgir (y de hecho es habitual que surja en fase de ejecución de Sentencia) es que al mismo extranjero se le hayan impuesto en diversos procesos diversas condenas privativas de libertad resultando que en unas se ha acordado la sustitución íntegra por expulsión mientras que en otras no se ha acordado dicha sustitución. De esta forma se viene entendiendo por la Doctrina (así, por ejemplo, GONZÁLEZ CAMPO) y por la FGE (Conclusión 16ª Circular 5/2011) que las penas ostentan naturaleza heterogénea no siendo posible su acumulación jurídica unitaria de suerte que habrá de darse cumplimiento a las penas privativas de libertad no sustituidas y una vez extinguidas proceder a la expulsión, si bien se aboga desde su introducción por LO 5/2010 de la sustitución parcial de cualquier pena (art. 89.5 CP), de intentar recabar de los Tribunales que no acordaron la sustitución la autorización para proceder a la misma una vez cumplidos los requisitos exigibles. No obstante, si alguno de los Tribunales no diera su autorización, procedería el cumplimiento de las no sustituidas y una vez verificadas proceder a la verificación de la sustitución, a riesgo de que se haya producido un cambio sustancial de circunstancias que determinasen una nueva valoración de la

procedibilidad de la sustitución (como se ha derivado de la interpretación que en un supuesto de alejamiento en el tiempo de la orden de expulsión respecto del momento de su ejecución se valoró por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 22 de mayo de 2012, o como ya había apuntado el Tribunal Constitucional en Sentencia 145/2006, de 8 de mayo, a propósito de la decisión de la sustitución en fase de ejecución cuando no estaba legalmente previsto). Se trata, por tanto, como se analiza pormenorizadamente por GONZÁLEZ CAMPO¹⁷, de una cuestión de “prelación” de cumplimiento de las penas. En este mismo sentido y llegando a la misma conclusión se analiza la cuestión en *Documents sobre execució penal* elaborado por el CEJFE de la Generalitat de Catalunya. Y en igual sentido, pronunciándose sobre la compatibilidad del art. 89.1 CP con el art. 89.5 CP se refiere la conclusión 3.1.1 de las *Conclusiones del Seminario sobre “Ejecución de penas”* realizado por el Servicio de Formación del CGPJ (Madrid, del 20 al 22 de junio de 2012).

Finalmente señalar para terminar con este apartado, que con independencia de la extensión y/o naturaleza de la pena que tengan atribuidos, quedan actualmente expresamente excluidos de aplicación de este supuesto y del que posteriormente estudiaremos, art. 89.5 CP, los delitos tipificados en los arts. 312, 313 y 318 bis CP.

Esta exclusión encuentra su origen en la primera modificación efectuada en el art. 89, como ya se expuso anteriormente al observar la evolución del precepto, y tiene su razón de ser según la Exposición de Motivos de la LO 8/2000, de 22 de diciembre que la introdujo (inicialmente se preveían los arts. 312, 318 bis, 515.6.o, 517 y 518 del Código Penal) en que “...nuestra normativa debe ser conforme con los compromisos asumidos por España, concretamente, con las conclusiones adoptadas por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea los días 16

y 17 de octubre de 1999 en Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia”. Congruente con esta disposición es la similar contenida en el supuesto analizado del art. 57.7 LOExt.

Por tanto, en estos supuestos, habrá de ordenarse, si procede, el cumplimiento íntegro de las penas privativas de libertad impuestas sin posibilidad por estas vías de acordar la sustitución por expulsión del territorio nacional.

2. CONDICIÓN DE EXTRANJERO

Conforme al art. 1.1 LOExt. “*Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española*”; así, ha de acudirse a la normativa interna (Constitución española de 1978¹⁸ y Código civil¹⁹) para determinar quién es nacional de España, y desde la perspectiva contraria, quien no teniendo la nacionalidad española, es extranjero.

Un régimen especial ostentan los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea que por tanto tiene “ciudadanía europea”²⁰. El art. 1.3 LOExt. señala que “*Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables*”. Por tanto, ha de concluirse que los ciudadanos de países de la Unión Europea son también extranjeros a los efectos de este artículo (aunque sobre ello hay discrepancias doctrinales entendiéndose algunos que no pueden ser calificados como extranjeros²¹) pues pueden ser objeto de expulsión (aunque sea excepcional) conforme posteriormente se señalará.

Conclusión palmaria de lo anterior es que únicamente los ciudadanos españoles no pueden ser expulsados de España. Los ciudadanos de países miembros de la Unión Europea y asimilados sólo muy excepcionalmente lo podrían ser.

17 GONZÁLEZ CAMPO, E., *La ejecución penal en relación con el extranjero en situación irregular*. Encuentro Jueces Sentenciadores y Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Plan Estatal de Formación CGPJ 2010.

18 El Artículo 11 CE señala:

“1. La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley.

2. Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad.

3. El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen”.

19 Arts. 17 a 26 Código civil.

20 Tratado de la Unión Europea, arts. 20 a 25 (afectado por Tratado de Lisboa de 2007)

21 BERMEJO ROMERO DE TERREROS, J.A., *Expulsiones judiciales: problemática de su ejecución*. Tratamiento penal de la extranjería. Extranjeros y centros penitenciarios. Cuadernos Digitales de formación 16-2010.

3. “NO RESIDENTE LEGAL”

Se trataría de un concepto de “norma penal en blanco”, pues para conocer el alcance de este término es preciso acudir a la normativa administrativa de extranjería contenida en la **Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social** (y reglamento de desarrollo Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, publicado en BOE núm. 103, de 30/04/2011 y con entrada en vigor el 30/06/2011).

A la vista de la citada normativa la **Circular 5/2011, de 2 de Noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración** analiza las diversas situaciones que se pueden producir, haciendo una división entre los ciudadanos extranjeros pero nacionales de algún país miembro de la Unión Europea (o régimen similar aplicable por Tratado) a los que es de aplicación directa el **Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que constituye la norma española de transposición de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004** y los extranjeros de terceros países a los que es de aplicación el **régimen jurídico común de la extranjería regulado por la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social** y concretamente establece respecto de éstos:

Así, por lo que se refiere a los “*ciudadanos no comunitarios*”, señala:

“Son extranjeros no residentes legalmente en España aquellos ciudadanos que, no teniendo la nacionalidad española ni comunitaria, carecen de la correspondiente autorización vigente de residencia otorgada por la autoridad administrativa competente conforme a la Ley Orgánica 4/2000, salvo que estén dispensados de obtenerla en virtud de Ley o Tratado internacional.

Tras la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, se encuentran en situación de residencia legal en España aquellos extranjeros no comunitarios que sean titulares de cualquiera de los permisos siguientes en vigor.

a) *Autorizaciones de residencia temporales ordinarias*

Otorgan al extranjero el permiso para permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años. Comprende dos modalidades: a) de residencia (artículos 25 bis 2) Y 31.2 LOEX); Y b) de residencia y trabajo (artículos 25 bis 2 d), 31, 36, 37 Y 38 LOEX). Estas, a su vez, admiten varias categorías: autorización de residencia y trabajo de temporada o campaña (artículos 25.2 letra e) y 42 LOEX); autorización de residencia y trabajo con fines de investigación (artículos 25.2 letra g) y artículo 38 bis LOEX); autorización de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados (artículo 38 ter LOEX en relación con la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado); y, las autorizaciones de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios (artículo 43.2 LOEX).

b) *Autorizaciones de residencia temporal excepcionales*

No exigen el previo visado y son las que se pueden conceder por concurrir circunstancias relevantes como el arraigo, razones humanitarias, colaboración con la Justicia u otra circunstancia excepcional que se determine reglamentariamente (artículo 31.3 LOEX), las que puedan darse, en su caso, a los extranjeros que acrediten la imposibilidad de ser documentados por las autoridades de ningún país (artículo 34.2 LOEX y 107 REX), las reconocidas a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género (artículos 19.2 y 31 bis LOEX), y las concedidas a las víctimas del delito de trata de seres humanos (artículo 59 bis LOEX).

c) *Autorizaciones provisionales de residencia*

Son las otorgadas sin prefijar su duración al estar condicionadas al cumplimiento de otras condiciones²². Participan de esta naturaleza: la autorización provisional de residencia a las mujeres víctimas de violencia de género mientras se tramita el procedimiento penal cuando, tras haber solicitado autorización de residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales, se hubiese dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, el Ministerio Fiscal informe sobre la existencia de indicios de violencia de género (artículo 31 bis LOEX); las concedidas a las víctimas, perjudicados o testigos de un acto de “tráfico ilícito de seres humanos”, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad (artículo 59 LOEX); las reconocidas a las víctimas de trata de seres humanos en tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales (artículo 59.4 bis LOEX); la autorizaciones de permanencia provisional otorgadas a los

22 BERMEJO ROMERO DE TERREROS, J.A., *Expulsiones judiciales: problemática de su ejecución*. Tratamiento penal de la extranjería. Extranjeros y centros penitenciarios. Cuadernos Digitales de formación 16-2010.

que hubieren presentado **solicitud de reconocimiento de apátrida** (artículo 5 Real Decreto 865/2001, de 20 de julio y artículo 34.1 LOEX); y las que corresponden a aquellos extranjeros que hayan presentado **solicitud de asilo** (artículo 18. 1 letra c de la Ley 12/2009 y artículo 34 LOEX) o **protección subsidiaria** (artículo 19.1 de la Ley 12/2009 y artículo 34 LOEX) hasta que se resuelva sobre la misma o no sea admitida.

d) **Autorizaciones de residencia de larga duración**

Otorgan al extranjero el permiso para permanecer en España por tiempo indefinido en las mismas condiciones que los españoles (artículo 32 LOEX). En esta situación se encuentran los extranjeros a quienes se hubiera concedido el derecho de asilo o la protección internacional subsidiaria (artículo 36.1 c) de la Ley 12/2009).

En consecuencia los ciudadanos extranjeros sometidos al régimen común de la Ley Orgánica 4/2000 que pueden ser expulsados al amparo del artículo 89 CP por carecer de permiso de residencia, son:

a) *cualquier ciudadano extranjero que se hubiera introducido en territorio nacional de manera subrepticia o fraudulenta al margen de los controles establecidos por las autoridades incumpliendo con los requisitos y formalidades previstas en los artículos 25 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000 (ciudadanos extranjeros en situación de irregularidad);*

b) *los que solo tuvieran reconocido un derecho de tránsito;*

c) *los que fueran titulares de un permiso de estancia (permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días);*

d) *los que teniendo inicialmente autorizada su permanencia en territorio nacional a título de residencia hubieran perdido su derecho por cualquiera de las causas previstas en la Ley, ya sea por no haber obtenido la correspondiente prórroga, haber caducado su derecho o por haber sido debidamente expulsados judicial o administrativamente”.*

La Circular FGE 2/2006 sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España hacía en este sentido una distinción concluyente *“No puede confundirse residencia legal y estancia regular. No residen legalmente en España ni los extranjeros que se encuentran en situación irregular ni los que se encuentran en situación de estancia, pese a que estos últimos se encuentran legalmente en España”.*

Como un supuesto especial de tratamiento como inexpulsable se refiere esta misma Circular al caso de los estudiantes extranjeros que se encontrarían en territorio español de forma legal (estancia legal) pero no tendrían la condición de residente legal, por lo que en puridad serían expulsables. Sin embargo, dicha Circular señala *“A estos efectos, los estudiantes extranjeros con autorización de estancia, conforme al art. 33 LE, deberán*

considerarse como extranjeros residentes legalmente en España, pues pese a que nominativamente tienen la consideración de estantes, la nota de permanencia que acompaña su régimen los hace materialmente asimilables a la situación de los residentes, en tanto la duración de estas autorizaciones se acomodan a la del curso para el que estén matriculados, con posibilidad de prórrogas anuales. Por consiguiente, habrá de partirse de la no aplicabilidad de la expulsión sustitutiva a los estudiantes extranjeros con autorización de estancia, pues en definitiva, su régimen se asemeja al de los residentes temporales más que al de los estantes”.

Por lo que se refiere a los ciudadanos comunitarios y de países asimilados, la citada Circular 5/2011 también hace una serie de consideraciones relevantes:

*“El artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 17 Tratado Constitutivo CE) confiere a **todo ciudadano de la Unión Europea un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros**. Es un derecho originario pero de configuración legal pues está sometido a las limitaciones establecidas por la Directiva 2004/38/CE que, en España, han sido recogidas por el Real Decreto 240/2007.*

*En síntesis, cabe afirmar que **todos los ciudadanos nacionales de Estados miembros de la Unión Europea** —Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Rumania y Suecia—, o de aquellos países a los que les sea aplicable el régimen comunitario —Noruega, Islandia y Liechtenstein (al haber firmado el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo) y Suiza (por virtud de Acuerdo de 21 de junio de 1999 entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza)—, tienen reconocido un derecho de residencia en España de carácter originario, de tal manera que no necesitan de reconocimiento expreso o acto de autorización o permiso de la autoridad administrativa (los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tienen derecho a residir en territorio español por un período superior a tres meses, artículo 7.1 RO 240/2007).*

Por el contrario, este derecho no se extiende a los miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que sean nacionales de un tercer Estado, pues deberán haber obtenido —para tener la consideración de residentes legales— una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión (artículo 8 Real Decreto 240/2007)²³.

*No obstante, **los derechos de libre circulación y residencia** reconocidos a cualquier ciudadano de un Estado*

miembro de la Unión Europea —o de país asimilado— no son absolutos dado que pueden ser suspendidos o limitados por la autoridad administrativa competente.

El de libre circulación, porque puede ser impedida la entrada en territorio nacional cuando concurren razones de salud pública (cuando padezca enfermedades con potencial epidémico, como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas, de conformidad con la legislación española vigente, artículo 15. 9 RO 240/2007).

El de residencia, porque puede ser ordenada su expulsión o devolución del territorio nacional, si existen motivos graves de orden público seguridad pública (artículo 15.1 RO 240/2007) apreciadas tras la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador gubernativo (artículos 15 y ss. RO 240/2007) cuyo control corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa²⁴.

Por consiguiente, adquirida firmeza la sanción de expulsión o devolución, el ciudadano comunitario carece —durante el tiempo marcado en la resolución— del derecho de residencia en suelo nacional. En estos casos, si el ciudadano comunitario fuera sorprendido en territorio español, le podría ser aplicada la sustitución de penas previstas en el artículo 89 CP.

En todo caso, tendrá que probarse documentalmente (pasaporte, tarjetas de residencia comunitaria, certificación registral) la condición de ciudadano de un Estado miembro de la Unión o de país asimilado para impedir la aplicación del artículo 89 CP (STS 828/2007)."

No obstante lo anterior, algunos autores consideran que al ser titulares los ciudadanos de la Unión Europea y asimilados (así como determinados familiares²⁵) de un derecho originario a residir en España no es posible que vía artículo 89 pueda ser expulsado²⁶.

Un supuesto muy relevante a considerar es el de ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España pero que son progenitores de menores de corta edad españoles (o de países UE o asimilados) y que sean efectivamente dependientes de ellos en relación de convivencia normalizada. En este punto y en este sentido se pronunció la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 8 de marzo de 2011 (C/34/09)**, y consecuentemente la Fiscalía General del Estado en la tan mencionada Circular 5/2011 señala "*Aplicando la doctrina señalada en sus justos y limitados términos al artículo 89 CP —salvo que se pretenda una interpretación meramente formalista del requisito de la residencia ilegal del extranjero— debe excluirse esa categoría de extranjeros del ámbito subjetivo de aplicación de la expulsión judicial. Si así no fuera valorado, la expulsión del padre o la madre puede traer como consecuencia inevitable el extrañamiento de un español*" y por ello en la conclusión 9ª de la Circular se establece "*La paternidad de un niño —menor de corta edad— español o nacional miembro de un Estado de la Unión Europea excepciona la apli-*

23 Ver nota 23 en relación a la STS, Sala 3ª, Sección 5ª, de 1 de junio de 2010, que extiende los efectos a dichos familiares.

24 En este punto es muy interesante la SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 22 DE MAYO DE 2012 que interpreta el límite establecido en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento y Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 que se refiere a "motivos imperiosos de seguridad pública", y que la interpreta en el sentido de que para que sea efectiva a) debe ser un ataque a la seguridad pública (no a otro bien jurídico) y b) que ese ataque debe ser particularmente grave (no vale cualquier ataque), debiendo ser cada Estado los que determinen en sus derechos internos estos ataques.

25 FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., en *Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010*, señala que "la STS de 1 de junio de 2010, Sección 5ª de lo Contencioso ha extendido su aplicación a familiares de ciudadanos españoles-, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan:

a) Su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal —la STS de 1 de junio de 2010, Sección 5ª de lo Contencioso ha anulado la referencia a la exclusión de supuestos de separación legal.

b) La pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, —la STS de 1 de junio de 2010, Sección 5ª de lo Contencioso ha anulado la referencia a la referencia "que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado"— y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí.

c) Sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal —la STS de 1 de junio de 2010, Sección 5ª de lo Contencioso ha anulado la referencia a la exclusión de supuestos de separación legal—, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces.

d) Sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal —la STS de 1 de junio de 2010, Sección 5ª de lo Contencioso ha anulado la referencia a la exclusión de supuestos de separación legal— o se haya cancelado la inscripción registral de pareja".

26 BERMEJO ROMERO DE TERREROS, J.A., *Expulsiones judiciales: problemática de su ejecución*. Tratamiento penal de la extranjería. Extranjeros y centros penitenciarios. Cuadernos Digitales de formación 16-2010.

cación de la expulsión sustitutiva de la pena cuando se cumplen los requisitos de convivencia, dependencia, o relación normalizada de las relaciones familiares”.

En cuanto a la acreditación de la correspondiente situación del extranjero se puede señalar lo dispuesto en el art. 4.1 LOExt. que establece que *“Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y el deber de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España”*. Así en principio correspondería al sujeto estar en posesión de dicha documentación acreditativa. Pero puede suceder que no se esté en posesión de dicha documentación y por lo que se refiere al ámbito penal corresponderá al órgano instructor y en todo caso al Ministerio Fiscal como impulsor del procedimiento (y en su momento, y en su caso, como acusador) incorporar a las diligencias la documentación acreditativa bastante de la situación del extranjero. En este sentido procederá dirigirse a la correspondiente Brigada de Extranjería y Documentación del Ministerio del Interior para que expida en la forma que proceda la correspondiente certificación sobre la situación del sujeto identificado. Así la conclusión 4ª de la Circular 5/2011 establece que si el sujeto no acredita estar en posesión de la oportuna autorización de estancia mediante su documentación y se incorpora en la causa la certificación señalada, *“...concurre un principio de prueba lo suficientemente sólido para afirmar que afectado no reside legalmente en España. En estos casos, corresponderá al extranjero la carga de aportar cualquier otro elemento probatorio lo suficientemente potente como para enervar ese principio de prueba”*.

En cuanto al eventual cambio de circunstancias, esto es, que se tenga la condición de residente legal en el momento de comisión de los hechos y posteriormente se pierda o al contrario, que en el momento de comisión de los hechos se careciera de autorización y posteriormente se adquiriera, entiendo que en ambos casos habría de efectuarse una interpretación favorable al reo (ex art. 2 CP). Así, si en el momento de comisión de los hechos se ostentaba la autorización de residencia entiendo que el régimen fáctico y jurídico aplicable penalmente es el concurrente en dicho momento a la hora de la aplicación de las consecuencias penales derivadas del hecho. De igual forma, si en el momento de comisión del hecho ilícito penal se carecía de la oportuna autorización

de residencia y en el momento posterior de ejecutarse la medida de expulsión se comprueba que se está en posesión de la misma, determinaría la pérdida de eficacia de la medida acordada por circunstancias sobrevenidas. No obstante, estas apreciaciones se ven ahora alteradas a la vista de la nueva regulación operada por LO 5/2010 que prevé la posibilidad de un pronunciamiento en fase posterior al del dictado de la Sentencia, esto es, en fase de ejecución mediante Auto motivado (como posteriormente se analizará con más detalle).

Un supuesto específico se ha producido a propósito de las incorporaciones de nuevos países a la Unión Europea, en este sentido FERNÁNDEZ ARÉVALO²⁷ ha señalado que *“Esta segunda tesis se ve avalada por la STS de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de 12 de febrero de 2008, donde el TS ha establecido el criterio de anular las expulsiones dictadas antes de enero de 2007 contra rumanos y búlgaros que permanecían en situación irregular en España. En la STS 29 de mayo de 2008 se señala que es de aplicación a este caso, mutatis mutandi, el criterio de la STS de 12 de febrero de 2008 a los ciudadanos polacos, y en general a todos los ciudadanos UE antes de la adhesión del Estado de su nacionalidad”*.

A propósito de esta cuestión, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 2ª, de 3 de enero de 2005 (2005, rec. 1435/2005), aplica el criterio contrario dando preferencia al principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales, señalando *“De tal modo, la única solución posible es la de ejecutar la decisión judicial en los términos en los que se acordó, pues la condición ulterior de ciudadano comunitario ni permite su alteración ni exime al condenado de padecer las consecuencias previstas en caso de incumplir la orden de prohibición de entrada por la constancia de una previa expulsión judicialmente acordada y que no puede quedar condicionada a la voluntad de la autoridad gubernativa”*.

Por su parte, la Fiscalía General en su Circular 5/2011, conclusión 10ª, señala que *“La falta de autorización de residencia es un requisito que se exige para el instante de dictarse la sentencia o, en su caso, posteriormente si se ha realizado mediante auto durante la ejecutoria (artículo 89.1 párrafo segundo). La ley no se refiere al momento de la comisión de delito. Si desde la comisión del hecho delictivo hasta su enjuiciamiento se han alterado las condiciones de residencia en España (legal a ilegal o viceversa), solo*

27 FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., *Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010*.

habrá que tomar en cuenta la situación en el momento de adoptarse la decisión sustitutiva o, cuando hubiera un cambio de circunstancias, incluso en el momento posterior”.

Cuestión relacionada con ello y debido a la posibilidad actual (tras la reforma operada por LO 5/2010) de realizar pronunciamiento sobre la expulsión en trámite posterior a Sentencia mediante “Auto motivado” (¿el Auto puede no ser motivado?), es la de si en la Sentencia se rechaza la expulsión solicitada, de modo que habrá de cumplirse la Sentencia en sus propios términos rigiendo el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales, de suerte que no sería posible un nuevo pronunciamiento (por el citado cambio de circunstancias) en momento posterior por lo menos por esta misma causa²⁸.

Interesante igualmente serían las consideraciones oportunas a propósito del régimen transitorio establecido en la LO 5/2010 respecto de las penas privativas de libertad inferiores a 6 años ya impuestas y en ejecución, entendiéndose a la vista del entonces art. 89 que no sería posible la sustitución parcial de las mismas, si bien sí puede entenderse que si se cumplen los requisitos ahora establecidos en el art. 89.5 CP y media consentimiento o propia petición del penado, se pudiera acordar, en igual sentido de pronuncia GONZÁLEZ CAMPO y FERNÁNDEZ ARÉVALO²⁹.

4. “SERÁN SUSTITUIDAS”

Esta expresión imperativa ha de ponerse en relación con la evolución de la redacción del precepto a que nos hemos referido anteriormente. En la redacción inicial del art. 89 CP se establecía la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión como una “posibilidad” para a valorar por el Juez o Tribunal al emplear la expresión “podrán”. Sin embargo, a partir de la modificación operada en el precepto por la LO 11/2003 la expresión gramatical empleada se torna imperativa en la forma señalada “serán sustituidas”. Es decir, ya no es una facultad del Juez o Tribunal sino que éste o aquél ha de acordar la expulsión del territorio nacional de los extranjeros no residentes legalmente de forma necesaria (a salvo las excepciones que contempla a las que nos referiremos seguidamente).

Ello llevó a los jueces y tribunales en un primer momento a hacer una aplicación “automática” de dicho precepto respecto de todo extranjero no residente le-

galmente en España sin realizar, por tanto, valoración o consideración alguna respecto de sus circunstancias personales fuera de la mencionada situación administrativa que habilita la aplicación del precepto.

Evidentemente ello fue objeto de impugnación en los Tribunales provocando el pronunciamiento de Audiencias y finalmente del Tribunal Supremo que dictó la importante **Sentencia del Alto Tribunal 901/2004, de 8 de julio** que hizo una lectura del precepto desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados y conforme son interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional, y así, tras hacer una breve referencia a la evolución del precepto y una crítica velada al legislador hablando de “vértigo legislativo” a propósito de la materia de inmigración señala:

“Es evidente que la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona —sea o no inmigrante, ilegal o no— que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados Internacionales firmados por España y que de acuerdo con el art. 10 no sólo constituyen derecho interno aplicable, sino que tales derechos se interpretarán conforme a tales Tratados y en concreto a la jurisprudencia del TEDH en lo referente a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de Noviembre de 1950, y ello es tanto más exigible cuanto que, como ya se ha dicho, la filosofía de la reforma del art. 89 del Código Penal responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado. Al respecto debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de Ley Orgánica, ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba —y así está en la actualidad— respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado “... olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir ... y que el TEDH valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extran-

28 En sentido parecido se pronuncia GONZÁLEZ CAMPO, E., *La ejecución penal en relación con el extranjero en situación irregular*. Encuentro Jueces Sentenciadores y Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Plan Estatal de Formación CGPJ 2010.

29 En las obras citadas en notas 25 y 26.

jero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión...”.

En efecto, un estudio de la Jurisprudencia del TEDH que constituye la referencia jurisprudencial más importante en materia de Derechos Humanos para todos los tribunales europeos, nos permite verificar la exigencia de un examen individualizado, con alegaciones y en su caso prueba, para resolver fundadamente y así:

a) La sentencia de 18 de Febrero de 1991 —caso Mous-taquim vs. Bélgica— declaró contrario al Convenio la expulsión acordada en virtud de numerosos delitos, al constatar que vivía desde los dos años en el país del que era expulsado y carecía de todo arraigo o vínculo en su país de origen. Se estimó que el derecho a la vida familiar garantizado en el art. 8 del Convenio no podía ceder ante exigencias de mero orden público, lo que convertía la medida en desproporcionada.

b) La sentencia de 24 de Enero de 1993 —caso Boncheski vs. Francia— se llegó a la solución contraria en base a la gravedad de los delitos que exigían un plus de protección del mismo que justificó la medida de expulsión aunque el penado llevaba dos años en Francia y estaba casado con una francesa.

c) La sentencia de 26 de Abril de 1997 —caso Mehe-min vs. Francia— consideró desproporcionada la medida dados los vínculos y arraigos en Francia —casado con francesa—, y la relativa gravedad del delito cometido —tráfico de drogas—; la reciente STEDH de 10 de Abril de 2003 analiza el nivel de cumplimiento por parte del Estado Francés respecto de lo acordado en aquella sentencia.

d) La sentencia de 21 de Octubre de 1997 resolvió en sentido contrario y, por tanto favorable a la expulsión dada la gravedad del delito a pesar de contar con arraigo en Francia donde vivía desde los cinco años. Idéntica es la sentencia de 19 de Febrero de 1998 —Dallia vs. Francia— ó la de 8 de Diciembre de 1998.

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

Una vez más hay que recordar que, todo juicio es un concepto esencialmente individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la

pena, es obvio que también debe serlo aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión”.

Estos pronunciamientos se realizaban a propósito de la redacción dada al precepto por LO 11/2003, e inmediatamente la jurisprudencia menor y las resoluciones de los Juzgados penales se adaptaron a la misma. No obstante, nuevamente el legislador de 2010 a través de la LO 5/2010, de 22 de junio ha persistido en mantener la redacción en los términos imperativos referidos si bien variando (hay acuerdo a sensiblemente mejor) las razones materiales de la excepción contemplada en el precepto para conseguir invertir el mandato de expulsión.

Por ello, se concluye que la regla general será la de acordar la expulsión en el supuesto que se contempla pero en todo caso previa valoración de las circunstancias concurrentes referidas según la actual redacción a “razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”, hablándose por ello en doctrina y jurisprudencia de la adecuada valoración del principio de proporcionalidad necesario en la adopción de la medida.

De esta forma, en el Seminario “*La ejecución penal: disfunciones y criterios en el plano sustantivo y procesal*”, organizado por el Servicio de Formación Continua del CGPJ se concluye a este respecto:

“En este proceso de individualización de la respuesta penal, es preciso ponderar los siguientes elementos:

1º *Circunstancias personales, familiares y laborales del penado.*

2º *Duración de la pena y tipo de delito, por el que se ha condenado.*

3º *Necesidad de cumplimiento para impedir generar situaciones de impunidad.*

4º *En delitos menos graves o penas de corta duración —máximo dos años— posibilidad de reinserción del penado mediante la suspensión y/o sustitución por multa o Trabajos en beneficio de la comunidad (TBC).*

5º *Situación político/social del país de origen del penado y posible riesgo para su persona”.*

No obstante, como señala FERNÁNDEZ ARÉVALO (en *Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010*) estas circunstancias han de ser objeto de debate e introducción en el Plenario pues en todo caso el criterio general establecido en el caso de los extranjeros no residentes legalmente será acordar la expulsión, señalando en su trabajo además que no queda vinculado a la previa petición de parte y sin que ello suponga vulneración del principio acusatorio pues “*es consecuencia legal preceptiva alternativa, y que además es menos onerosa que una privación de libertad —SSTS 273/2009, de 25*

de marzo y la STA 165/2009, de 19 de febrero”. No obstante esta afirmación realizada por FERNÁNDEZ ARÉVALO con cita efectivamente de Sentencias del Tribunal Supremo que así lo refieren, sin embargo la jurisprudencia se ha asentado sobre la base de la necesidad de la previa petición de parte habida cuenta de que en principio el criterio es el de la expulsión pero admite excepción por lo que no puede entenderse legalmente imperativa hasta ese punto de suplir la petición de parte.

Así el reciente Auto de la Sala 2ª, de lo Penal, del Tribunal Supremo, Sección 1ª, de 27 de marzo de 2014 (ROJ: ATS 3901/2014), sintetizando la cuestión establece:

“B) Sobre la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión del territorio nacional previstas en el artículo 89 del Código Penal, hemos de recordar cómo esta Sala, en reiteradas resoluciones ha sentado la doctrina de que no resulta posible una aplicación mecánica del precepto, en lo que supone de automatismo contrario a los principios constitucionales, rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el acusatorio o el de contradicción, y derechos cuales el de audiencia, defensa o motivación de las decisiones judiciales, de modo que la medida substitutiva sólo podría ser aplicada, previa solicitud de la acusación, tras el oportuno debate, posibilitando las alegaciones de la defensa y con una fundamentación adecuada a las circunstancias concretas del caso.

En principio, conforme la doctrina sentada por esta Sala en sentencias 901/2004 de 8.7, 1231/2006 de 23.11, dictadas tras la vigencia de la Ley Orgánica 11/2003 y en sentencias 17/2002 de 21.1, 1144/2000 de 4.9, 330/98 de 3.3, anteriores a la actual regulación, los requisitos necesarios que han de concurrir para justificar la expulsión, pueden sintetizarse en:

– Extranjeros con residencia ilegal, porque para la expulsión el tipo exige dicho presupuesto (STS 636/2005 de 17.5).

– Condenados con una pena no grave inferior a 6 años prisión.

– Que la expulsión haya sido solicitada por el Ministerio Fiscal o, eventualmente, por otra acusación personada.

– Que haya sido escuchado el interesado previamente sobre la cuestión.

– Que no implica una ruptura de la convivencia familiar, por existir ésta y ser de cierta entidad por el número de miembros familiares, estabilidad alcanzada y dependencia económica del posible expulsado”.

Y así se había entendido en el Seminario “La ejecución penal: disfunciones y criterios en el plano sustantivo y procesal”, organizado por el Servicio de Formación Continua del CGPJ “Al ser la sustitución

de la pena por expulsión la respuesta punitiva al delito, rige en su integridad el principio acusatorio, por lo tanto tendrán que ser las acusaciones quienes lo soliciten y no cabe su aplicación de oficio. El redactado del artículo 89 permite la denegación de esta suspensión, por lo tanto no es mandato imperativo.

Se analizó si era admisible la petición de sustitución por el propio acusado, supuesto no contemplado por el legislador. Se pueden dar dos posturas:

– No cabe acordar la sustitución, pues supondría dejar al arbitrio del penado la forma de cumplimiento de la pena, y podía dar lugar a generar espacio de impunidad.

– Acuerdo S.P. Barcelona 30.4.2012: La decisión de expulsión judicial recogida en el artículo 89 del Código Penal debe adoptarse a instancia de parte (ACUERDO ADOPTADO POR UNANIMIDAD)”.

También ha sido criticada la redacción dada al precepto pues parece interpretarse que únicamente se debe dar audiencia al penado y partes para el caso de que se vaya a acordar la no sustitución (como se pone de manifiesto en *Documents sobre execució penal* elaborado por Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada). En este sentido, la FGE en su Circular 5/2011, conclusión 18ª, señala que “Los Sres. Fiscales tendrán presente que la decisión sobre la aplicación del art. 89 CP cualquiera que sea su sentido, ya se acceda o se deniegue esta medida debe ser una decisión motivada que exige la valoración tanto de las circunstancias del hecho como del culpable”.

Conclusión de todo lo anterior conforme a la redacción vigente y su interpretación es la necesidad de hacer en todo caso una valoración de las circunstancias del sujeto expulsable que habrán de ser explicitadas en la oportuna resolución.

5. “SALVO QUE, EL JUEZ O TRIBUNAL, PREVIA AUDIENCIA DEL PENADO, DEL MINISTERIO FISCAL Y DE LAS PARTES PERSONADAS, DE FORMA MOTIVADA, APRECIE RAZONES QUE JUSTIFIQUEN EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA EN UN CENTRO PENITENCIARIO EN ESPAÑA”

Íntimamente relacionado con el apartado objeto de estudio anterior, esto es, la imperatividad de la sustitución (que no *automatismo de la sustitución*), en los términos que hemos señalado, se encuentra la excepción material contemplada en el precepto, y así podemos distinguir:

a) Se trata, como se ha señalado, de una excepción a la regla general de la expulsión.

- b) Ha de apreciarse la misma siempre previa audiencia del “penado”³⁰, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas.
- c) Que “aprecie” razones que “justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”³¹.

Es el **principio de proporcionalidad** a que nos hemos venido refiriendo que ha sido exigido una y otra vez por la jurisprudencia. Esta proporcionalidad ha de ser apreciada expresamente por la resolución judicial y así explicitarla conforme a los criterios que hemos transcrito anteriormente y es necesario, como igualmente se ha señalado, que se dé audiencia al sujeto como medio necesario para poder efectuar esta valoración. Así el Tribunal Supremo en la **STS 901/2004** tan mencionada traía a colación pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre este punto al señalar que *“También se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional —SSTC 99/85 de 3 de Septiembre, 242/94 y 203/97—, ciertamente con anterioridad a la actual reforma, pero exigiendo siempre un trámite de alegaciones como único medio de poder efectuar un juicio de proporcionalidad y ponderación ante los derechos que pueden entrar en conflicto a consecuencia de la expulsión, con cita de la libertad de residencia y desplazamiento. Estimamos que con mayor motivo habrá de mantenerse la exigencia si se trata del derecho de familia, una de cuyas manifestaciones —tal vez la esencial— es “vivir juntos” —SSTEDH de 24 de Marzo de 1988, Olssen vs. Suecia, 9 de Junio de 1998, Bronda vs. Italia, entre otras, vida común que queda totalmente cercenada con la expulsión”*.

A propósito de esta cuestión en el Seminario *“La ejecución penal: disfunciones y criterios en el plano sustantivo y procesal”*, organizado por el Servicio de Formación Continua del CGPJ se señalaba:

“La STS n.º 853/2010, de 15 de octubre, argumenta acerca de la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 del C. Penal, en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia se huya de cualquier automatismo. De esta forma considera que hay valores con relevancia constitucional tales como el arraigo del extranjero en

España, o la unificación familiar (art. 39.1 y 4 CE), que deben ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión.

En su FD 4 se establece ‘...se amplie la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos fundamentales en conflicto’”.

Y en la misma línea la FGE en la Circular 5/2011 se señala que “La decisión sustitutoria debe tomar en consideración una pluralidad de intereses personales valorados desde la perspectiva de la justicia material y del respeto al principio de igualdad, en cuanto que la infracción delictiva cometida puede aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero que reside ilegalmente que para el que lo hace de forma legal o es de nacionalidad española (SSTS 165/2009, 439/2010, 1016/2010), en concreto hay que valorar el arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudieran correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen (STS 791/2010, 853/2010)” y concretamente sus Conclusiones 19ª y 20ª señalan:

“DECIMONOVENA. Aun cuando la solicitud de expulsión del territorio español debe ser la regla general, la misma no deberá tener lugar cuando nos hallemos ante hechos de especial gravedad o que sugieran un plus de peligrosidad (empleo de violencia en las personas que entraña una particular aflicción, vejación o riesgo para la víctima, o que se revele innecesaria para el logro de los fines del delito, tráfico de drogas salvo supuestos escasa cantidad, formas imperfectas de delitos contra las personas como homicidio, robos con empleo de armas, robos en casa habitada con toma de rehenes, trata de seres humanos, agresiones sexuales, corrupción de menores) o cuando se encuentren vinculados a la delincuencia transnacional sea ésta mas o menos organizada. Otra circunstancia que

30 Curioso el término empleado pues en el momento en que se debe efectuar esa valoración todavía no tiene la condición de penado.

31 La redacción anterior se refería a *“salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”*, esto es, la única excepción a la necesaria sustitución por expulsión eran razones que derivasen de la “naturaleza del delito” con omisión de cualesquiera otras circunstancias, no obstante lo cual, como se ha señalado, la jurisprudencia amplió atendiendo a las obligaciones de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia constitucional e internacional, a otras circunstancias diversas de la exclusiva de la naturaleza del delito.

deben considerarse integrada en el término “razones” para justificar el cumplimiento de la pena en centro penitenciario español, será la necesidad de protección de víctimas—incluso potenciales— en el país de origen.

VIGÉSIMA. *La decisión sustitutoria debe tomar en consideración el grado de integración en la sociedad española del extranjero afectado para poder decidir sobre la imposición de la expulsión sustitutoria. Habrá de valorarse el tiempo de permanencia en España especialmente cuando se trata de inmigrantes de segunda generación, esto es, quienes han nacido aquí, o inmigrantes que han llegado a nuestro país siendo niños o jóvenes y en todos estos casos, han desarrollado aquí todas sus relaciones sociales, culturales y afectivas. Otra de las variables que han de tenerse en cuenta es el llamado arraigo familiar que solo puede provenir de las relaciones con los parientes próximos entendiéndose por tales los padres, hermanos, cónyuges o parejas de hecho e hijos, siempre que estos residan legalmente en España y siempre que tales relaciones sean reales y efectivas y de mutua dependencia, unido a la falta de lazos familiares sociales o culturales con el país de origen. En cuanto al desarrollo de una actividad laboral para que esta pueda compensar la falta de residencia legal y excluir la expulsión sustitutoria debe gozar de las condiciones acreditadas de estabilidad y viabilidad para futuro, sin que sea de recibo la permanencia en España por un periodo más o menos largo de tiempo en el que el modo de vida haya sido precisamente la actividad delictiva”.*

Abundando en ello la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 29 de junio de 2012, Ponente Excmo. Sr. Granados Pérez, señalaba:

“Así lo ha entendido esta Sala que, de forma reiterada viene proclamando la conveniencia de efectuar un juicio ponderativo en el que han de tenerse en cuenta, no sólo circunstancias subjetivas, referidas al acusado, sino también aspectos objetivos, íntimamente relacionados con la naturaleza del hecho delictivo, su gravedad y, por tanto, indudables razones de prevención general y especial. Es cierto —razona la STS 1400/2005, 23 de noviembre— que la redacción vigente del art. 89 CP (LA LEY 3996/1995), utiliza ahora la fórmula imperativa del “serán”, que determina la obligatoriedad de la sustitución en los mismos supuestos, pero, no obstante esa regla general, admite la excepción cuando el Juez o Tribunal, de forma motivada aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, sin que el hecho de que los delitos por los que ha sido condenado el recurrente (...) no figuren entre los ilícitos que expresamente figuran en el art. 89 CP (LA LEY 3996/1995), a los que no cabe aplicar la sustitución, no significa que de modo sistemático y mecánico se deba sustituir la pena de prisión por la de expulsión en todos los demás delitos tipificados en el Código, siempre y cuando el Tribunal motive y justifique razonada y racionalmente su decisión. En la misma línea, la STS 832/2006, 24

de julio, proclamó que la filosofía del art. 89 del CP (LA LEY 3996/1995) responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto, lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado. En definitiva, el carácter no imperativo ni necesario de la expulsión ha sido señalado de forma reiterada en numerosos precedentes de esta Sala, de los que las SSTS 1400/2005, 23 de noviembre, 871/2008, 17 de diciembre y 832/2006, 24 de julio, son sólo algunos ejemplos.”

La redacción del precepto ha sido igualmente criticada precisamente por esta referencia a “centro penitenciario en España” pues parece indicar que en todo caso si la expulsión por aplicación de dicha excepción no se llevara a cabo es porque la pena ha de cumplirse en “centro penitenciario en España”, cuando lo cierto es que en caso de no verificarse la misma se aplicaría el régimen general de ejecución previsto en el Código penal (ex art. 89.6 párrafo 2º CP).

Consideraciones sobre el principio de proporcionalidad en relación con la extensión de la pena, la naturaleza de ésta (responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y localización permanente) o por la cualificación de la infracción penal cometida (falta) ya se hicieron anteriormente a propósito del epígrafe “penas privativas de libertad”, por lo que nos remitimos a lo anteriormente señalado.

Junto a esta excepción (que se podría denominar material o valorativa) al criterio general de expulsión se encuentra la **excepción ope legis contemplada en el art. 89.7 CP** que establece la no aplicación de lo dispuesto en dicho artículo (es decir, tanto la sustitución por expulsión completa del art. 89.1 CP como la parcial del art. 89.5 CP) respecto de los que hubieren sido condenados por la comisión de delitos previstos en los arts. 312, 313 y 318 bis del Código penal.

En estos casos se entiende que ha de prevalecer la finalidad retributiva de la pena en atención a la naturaleza jurídica del delito cometido pues la eventual aplicación de la medida de expulsión supondría una burda burla a aquella finalidad favoreciéndose en caso de aplicarse la comisión de dichos delitos por cuanto la reacción del estado frente a los mismos sería simplemente la expulsión.

En concordancia con este precepto se sitúa el art. 57.7.b) LOExt. que exceptúa del sistema de solicitud de autorización a los Juzgados y Tribunales en los que penden procedimientos penales frente a extranjeros precisamente a los que estén encausados por dichos delitos, lo que no es óbice para que una vez extinguida la

correspondiente pena privativa de libertad se proceda a la expulsión administrativa (ex art. 57.8 LOExt.)

BERMEJO ROMERO DE TERREROS trata la interesante cuestión, partiendo de la dicción literal del precepto, de la eventual imposibilidad de cumplimiento por parte de los condenados por estos tipos delictivos de la libertad condicional dado que ésta es una fase de cumplimiento de la pena (4º grado), de esta forma no podrían acceder a la libertad condicional en España porque al estar orientada ésta a las posibilidades de reinserción del penado sería ésta imposible respecto de penados que van a ser expulsados inmediatamente finalicen su condena; tampoco se podría cumplir la libertad condicional en sus países de origen por prohibición directa del precepto³².

Finalmente señalar que quebranta el principio de proporcionalidad la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión respecto de un penado extranjero que ha extinguido una parte sustancial de la pena de prisión en prisión provisional, de suerte que la expulsión supondría una sanción acumulativa a lo ya sufrido. En este sentido podemos traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 1ª, de 2 de marzo de 2012 (ROJ: SAP L 159/2012) que señaló:

“SEGUNDO. En relación con el tema que se cuestiona, conviene recordar lo que viene a señalar al respecto de la expulsión sustitutiva prevista en el art. 89 del CP la STS de 22 de junio de 2010, según la cual “lo que la ley prevé es la posibilidad de sustituir una pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional, salvo que se considere pertinente de forma motivada el cumplimiento de la pena en España. Resulta evidente que cuando la pena está prácticamente cumplida en España con la aplicación del periodo de prisión preventiva sufrida, artículo 58 del Código Penal, no puede resultar pertinente la expulsión como sustitución de aquella, pues en ese caso la sustitución se transformaría en un incremento de la sanción uniendo una medida de seguridad a una pena ya cumplida. En este sentido la STS núm. 601/2006, de 31 de mayo”. En la misma resolución el Tribunal Supremo viene también a decir que en tales casos no resulta descartable la expulsión por el tiempo pendiente de cumplimiento, “aunque esta conclusión debe ser matizada en relación a las circunstancias de cada caso concreto, así como la relación entre el periodo ya cumplido y el que aún pende”.

6. EN SENTENCIA O EN AUTO POSTERIOR “MOTIVADO”

Se trata de determinar el momento en que ha de producirse este pronunciamiento relativo a la sustitución

de la pena privativa de libertad por expulsión. Se ha de relacionar igualmente este apartado con el anterior en lo referido especialmente a la previa audiencia de las partes por tratarse de una cuestión también eminentemente procesal.

Las primeras redacciones del precepto hasta la que efectúa la LO 5/2010 referían que la sustitución debía verificarse en Sentencia, lo que trajo toda una problemática derivada de la práctica de los Tribunales de diferir a momento posterior (en fase de ejecución) este pronunciamiento.

Esta posibilidad fue rechazada por la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, de 11 de mayo de 2009 (Ponente Excmo. Sr. Sala), al señalar:

“Con estos antecedentes, y al igual que hemos declarado en otro supuesto muy semejante (STC 145/2006 (LA LEY 60300/2006), de 8 de mayo), debemos concluir sin mayor esfuerzo argumental que efectivamente los Autos impugnados, como también ha entendido el Ministerio Fiscal, no superan el test de razonabilidad que antes hemos anunciado. En forma manifiesta porque, conforme ya pusiéramos de relieve en aquel otro caso, el art. 89.1 CP establece que la controvertida sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España debe ser acordada en la propia Sentencia condenatoria siempre que la pena de prisión sea inferior a seis años, permitiendo excepcionalmente que pueda serlo en fase de ejecución únicamente en el caso de que la pena privativa de libertad sea superior a seis años y siempre, además, a petición del Ministerio Fiscal.

Comoquiera que en el presente caso, según se ha recordado, la pena de prisión impuesta originariamente al demandante de amparo fue de dos años y la controvertida sustitución de dicha pena por su expulsión del territorio nacional fue acordada, no en la propia Sentencia condenatoria, sino mediante Auto dictado en fase de ejecución del cumplimiento de la condena, es patente que los Autos impugnados se fundan en una interpretación manifiestamente irrazonable del citado art. 89.1 CP.

La FGE a través de la Circular 2/2006 adaptó sus criterios a dicha doctrina constitucional estableciendo que no era posible acordar la sustitución en fase de ejecución si bien sí preveía dos supuestos no contemplados por la Sentencia del TC, a saber, uno, cuando la propia Sentencia por imposibilidad de pronunciarse en el momento de su dictado no se puede pronunciar por lo que difiere expresamente a momento posterior para su resolución y dos, cuando es el propio penado el que lo insta entendiéndose que es más beneficioso para él

32 BERMEJO ROMERO DE TERREROS, J.A., *Expulsiones judiciales: problemática de su ejecución*. Cuadernos Digitales de Formación 16. CGPJ. 2010.

la expulsión del territorio nacional que el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Sin embargo, esta problemática ha sido superada sustancialmente (aunque sigue generando algunas cuestiones) a partir de la reforma señalada operada por LO 5/2010 pues ahora el precepto permite pronunciarse bien en la propia Sentencia bien en Auto posterior “motivado”.

Por lo que se refiere al supuesto de acordarse en “sentencia”, ha de considerarse que la medida de expulsión ha de adoptarse, como se ha dicho anteriormente, previa audiencia del “penado”, del Ministerio Fiscal y demás partes personadas. Y así se viene entendiendo como adecuado que este debate se produzca en el seno del Plenario. Y es que **en principio ha de venir instada por vía de conclusiones provisionales por las acusaciones** que se realice dicha sustitución si en el curso de la instrucción ha quedado indiciariamente acreditado por las diligencias practicadas que el imputado es un extranjero sin residencia legal en España y la petición de pena es inferior a los seis años de privación de libertad (así, por ejemplo, la STS, Sala 2ª, de 23 de junio de 2009).

Pero puede suceder (y de hecho, sucede) que no se haya instado en conclusiones provisionales por el Ministerio Fiscal (o por la Acusación particular o popular para el caso de estar personadas), y en este sentido se ha venido admitiendo (aunque no de forma pacífica) la **posibilidad de introducir dicha petición bien como cuestión previa al inicio de las sesiones del Juicio Oral, bien en sede de conclusiones definitivas**, dando por válida la audiencia del penado vía derecho a la “última palabra” (STS 1177/2006; si bien la STS 901/2004 tan mencionada precisamente casaba la Sentencia objeto de recurso por haberse introducido la petición en sede de conclusiones definitivas “*para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal...*”). Y así se argumenta por la doctrina y jurisprudencia que lo rechazan el menoscabo que sufre el derecho de defensa por cuanto se introduce de forma sorpresiva una petición respecto de la que no se ha tenido margen para proponer prueba. **Sin embargo, también se ha alegado para rechazar a su vez la impugnación a esta**

posibilidad la previsión del art. 788 LECRIM³³, de suerte que la representación del acusado puede instar, si lo desea por entender que necesita proponer y practicarse prueba en este orden de cosas, un aplazamiento y la oportuna propuesta de prueba.

En iguales términos se refería la doctrina en los casos de **celebración de Juicio en ausencia del acusado** (recuérdense las consideraciones que se han efectuado sobre este particular en un epígrafe anterior), pues de lo que se trata es de dar al sujeto la posibilidad de pronunciarse sobre la expulsión sustituida, entendiéndose cumplido si estando citado a Juicio, deja voluntariamente de comparecer a la Vista (en cuyo supuesto no sería admisible la introducción de la petición ex novo de sustitución).

En cualquier caso, estos problemas que se generaban conforme a la anterior redacción ahora se han visto sustancialmente resueltos, como se ha señalado, a través de la posibilidad de diferir a trámite posterior al dictado de la Sentencia este pronunciamiento, esto es, en Auto posterior “motivado”. En este sentido ahora, para el caso de que no pueda el Tribunal pronunciarse en el momento de dictado de la Sentencia podrá acordar diferir a ese momento posterior el pronunciamiento de la cuestión.

Así en las Conclusiones de la actividad “*la ejecución penal: disfunciones y criterios en el plano sustantivo y procesal*”, organizado por el Servicio de Formación continua de la Escuela Judicial se conviene que la sustitución ha de acordarse necesariamente a instancia de las acusaciones (no es posible acordarla de oficio), aunque también puede ser acordada a instancia del propio extranjero (aunque se opusiera el Ministerio Fiscal) y debe resolverse en Sentencia si venía instada ya desde conclusiones provisionales o bien diferirse a trámite posterior a resolver mediante Auto “motivado” si se insta como cuestión previa al inicio de la Vista o en conclusiones definitivas, entendiéndose además (no de forma unánime pero sí mayoritaria) que precluye el plazo para instar la sustitución hasta el momento en que se inicie la ejecución material de la ejecución de la pena privativa de libertad pues en tal caso únicamente se podrá acudir ya a la vía del expediente del art. 89.5 CP.

33 **Art. 788.4 LECRIM** “*Cuando, en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá considerar un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas.*”

Para el caso de diferir a Auto posterior se plantea la duda (*Documents sobre execució penal* del CEJFE) si la decisión de diferir a trámite posterior el pronunciamiento sobre la sustitución vincula o no al juez de la ejecución, es decir, que si necesariamente ha de pronunciarse sobre la sustitución o bien podría centrarse en la ejecución de la pena privativa de libertad inicialmente impuesta.

En este sentido, se puede traer a colación la Conclusión del Seminario sobre ejecución de penas desarrollado en la Escuela Judicial de Barcelona en febrero de 2014³⁴ que sobre esta cuestión tiene un punto específico de análisis al señalar “3ª. *Alcance del efecto de cosa juzgada material que haya de proceder de una sustitución por expulsión denegada en sentencia, que resulte nuevamente instada en fase de ejecución de la pena de prisión impuesta, en referencia tanto a supuestos anteriores como posteriores a la reforma operada por LO 5/2010.*

La intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes debería constituir un obstáculo insuperable para plantear en el curso de la ejecución el incidente que haya de llevar a la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del condenado, incluso en los términos que previene el artículo 89.5 del CP.

No obstante, la cuestión se plantea en referencia a aquellos casos en los que, pedida en el juicio por la acusación la sustitución por expulsión, ésta no se acuerda precisamente a partir de la ponderación de intereses en juego, y más explícitamente porque el condenado acredite un arraigo familiar que justifique su permanencia y el cumplimiento de la pena en España; de tal forma que, ya en fase de cumplimiento esa situación o circunstancias personales del condenado varíen al punto de que sea el propio condenado quien inste su expulsión del territorio español, incluso en los términos temporales que previene el artículo 89.5 CP, por ejemplo porque los familiares que justificaban el arraigo hayan regresado a sus respectivos países y carezca ya de contactos en España”.

En cualquier caso, lo que existe acuerdo es la necesidad de que sea instada por el Ministerio Fiscal o parte, que no es posible acordarla de oficio, y que requiere de una audiencia al extranjero.

Respecto de esta “audiencia”, dado que no hay una normativa específica que la regule, en las citadas conclusiones de la actividad *La ejecución penal...* se señala

la que se puede seguir el orden previsto para la comparecencia del art. 505.2 LECRIM, con posibilidad de alegación y propuesta de prueba y que la resolución que necesariamente habrá de revestir forma de Auto explicitará las razones de la decisión con valoración de las circunstancias relativas al delito, al penado y los fines de la pena.

En términos similares se pronunció la Circular de la FGE 5/2011 en sus conclusiones 21ª y siguientes en las que se entiende que para poder adoptar la decisión de la sustitución de la pena se tiene que garantizar un *debate contradictorio* (Conclusión 21ª), tanto si es sobre la expulsión como si es sobre el cumplimiento de la pena en España, habiendo tenido el acusado y su defensa verdadera oportunidad de alegar y probar las razones que les asistan, bastando que se haya dado la oportunidad a la parte para ello con independencia de si hace o no uso de ello o bien si decide voluntariamente no asistir al Juicio celebrado en ausencia (Conclusión 22ª y 23ª). En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 918/2012, de 10 de octubre, ponente Excmo. Sr. Del Moral García señalaba a este propósito “*Pero lo cierto es que el Fiscal en su escrito de conclusiones formulaba una solicitud expresa en tal sentido y nada perjudicaba su estrategia defensiva de negar los hechos, referir y acreditar qué factores familiares o de arraigo suponían esas causas excepcionales que permiten a un Tribunal apartarse de lo que el art. 89.5 prescribe como regla general. El recurrente ha tenido ocasión sobrada de replicar a esa petición y oponerse eficazmente a ella haciendo valer los medios de prueba o razones que tuviese por conveniente (STS 588/2012, de 29 de junio).*

El motivo no puede acogerse por tanto. La decisión de la Sala es correcta y era la procedente. Cuestión distinta es que sea factible revisar ese punto antes de su efectividad en fase de ejecución si sobrevienen circunstancias que hagan improcedente o inconveniente la expulsión, tal y como se viene admitiendo (STS 792/2008, de 4 de diciembre)...”.

Así igualmente señala la mentada Circular que se instará por los Sres. Fiscales la sustitución vía alegaciones provisionales haciendo constar en las mismas las circunstancias relativas a la conveniencia de la expulsión o del cumplimiento de la pena en España, e igualmente entiende que si no se hubiera verificado en conclusiones provisionales, se puede instar como cuestión previa

34 Conclusiones de la Actividad desarrollada en la Escuela Judicial de Barcelona, febrero de 2014, *Ejecución penal. Problemas relacionados con la suspensión y sustitución. Especial referencia a los trabajos en beneficio de la comunidad.*

o bien en sede de conclusiones definitivas de suerte que la previsión normativa del art. 788.4 LECRIM cumple esa función de posibilitar la alegación y probanza de lo que al derecho del acusado convenga (Conclusión 22ª). Por ello se entiende que con carácter general el pronunciamiento habrá de ser en Sentencia (conclusión 30ª) y sólo en el caso en que haya dudas de que el acusado no haya podido efectivamente tener conocimiento de dicha petición (por ejemplo petición en conclusiones definitivas con Juicio celebrado en ausencia) se ha de derivar la decisión al momento posterior al dictado de la Sentencia.

Interesante también es tratar el **régimen jurídico de los recursos frente a esta resolución**. Respecto de este Auto “motivado” (se pone entre comillas para resaltar la redundancia que supone que una resolución que específicamente ha de ser motivada conforme a LOPJ venga en la propia Ley —CP— establecido que ha de ser motivado, pudiendo entenderse en este sentido que al resaltarse ese rasgo de motivación es debido a la exigencia de *especial razonamiento* exigido al verse afectados valores de relevancia constitucional), pues bien, frente al mismo y en cuanto al régimen de recursos existe discrepancia en la doctrina y en los Tribunales: así las conclusiones de la actividad *La ejecución penal...* (cit. ant.) se entiende de forma mayoritaria que cabe reforma/súplica (Juzgado penal/Audiencia) y de forma minoritaria que cabe apelación/casación. FERNÁNDEZ ARÉVALO entiende que cabe frente al Auto dictado por el Juzgado de lo penal Apelación o en su caso (queja), pero en el caso de las Audiencia señala que en todo caso cabe súplica y entiende que no es posible casación (basándose en el art. 848 LECRIM que sólo habilita el recurso de casación contra Autos definitivos de las Audiencias cuando está previsto de forma expresa, lo que no ocurre en el presente caso). Por su parte, la FGE, en la Circular 5/2011 entiende que cabe Apelación contra los dictados por el Juzgado de lo penal (no habla de reforma) y en su caso queja, y frente a los de las Audiencias que cabe súplica o también casación por entender que se trata de un pronunciamiento que debió integrarse en la propia Sentencia y como parte de ella (si bien FERNÁNDEZ ARÉVALO señala que esta posibilidad anteriormente a la LO 5/2010 era viable por tener que realizarse en todo caso en Sentencia pero ahora presentaría el inconveniente de la posibilidad de diferirse a momento posterior.

7. EFECTOS

1º. Prohibición de regreso a España en un plazo de 5 a 10 años. Extensión de la prohibición al territorio Schengen. Consecuencias del quebrantamiento de la prohibición o supuestos en que no se pueda llevar a efecto la acordada (cumplimiento penas con aplicación del régimen general o bien rechazo en frontera).

2º. Archivo de los procedimientos administrativos abiertos con objeto de autorización de residir o trabajar en España.

3º. Respecto de la ejecutoria.

4º. Problemática respecto de la responsabilidad civil.

En primer lugar, por lo que se refiere al primero de los efectos señalados, es decir, la prohibición de regreso a España por un plazo de 5 a 10 años, se pueden efectuar las siguientes consideraciones:

- a) En la redacción anterior a la LO 5/2010 se establecía un plazo fijo de 10 años de prohibición de regreso a España (establecida a partir de la LO 11/2003, que a su vez modificaba la anterior a su redacción que establecía también un arco temporal), entendiéndose por la doctrina más adecuado el establecimiento de un margen o arco temporal en el que poder individualizar la prohibición a la vista de la “duración de la pena sustituida” y las “circunstancias personales del penado”, pues el plazo fijo anteriormente establecido atentaba contra el principio de proporcionalidad³⁵, que deberá establecerse necesariamente bien en la Sentencia, bien el Auto posterior motivado, y en todo caso, habida cuenta de la necesidad de concreción del plazo atendidas las circunstancias que refiere, habrá de explicitarse la razón del establecimiento del plazo que se imponga.
- b) Como se ha señalado a propósito de la naturaleza jurídica de la medida de sustitución, dependiendo de la petición por la acusación de esta prohibición, es posible que exista inconveniente legal a la celebración del Juicio en ausencia (si excede de los 6 años).
- c) No coincide este plazo de prohibición con el previsto en la normativa para la expulsión administrativa (art. 58.1 y 2 LOExt.)
- d) A este respecto la Circular FGE 5/2011 señala que para la fijación del plazo habrá de tenerse en cuenta junto con las circunstancias personales del penado, otras de relevancia como la “*existencia*

35 Mencionado en conclusiones del *Seminario de ejecución de penas*, organizado por Escuela Judicial en Madrid en junio de 2012, Coordinador Sr. Barrientos Pacho.

de antecedentes penales y el riesgo de reiteración delictiva”, añadiendo que “En cualquier caso, si bien es claro que no pueden establecerse pautas absolutamente rígidas, parece aconsejable que la prohibición de regreso entre cinco y nueve años se reserve a los penados a quienes se haya condenado a pena privativa de libertad de hasta seis años quedando reservada la prohibición de regreso de diez años a los condenados a pena privativa de libertad superior a ese límite”.

Por lo que se refiere al alcance de la prohibición de entrada, ha de considerarse que el precepto penal aunque habla de la “prohibición de regreso a España”, por aplicación del Convenio Schengen de 16 de junio de 1990 los efectos de la expulsión se extienden a todo territorio Schengen (arts. 92 y 96 del Convenio), de lo que quedará constancia en los oportunos sistemas de información de Policía Nacional, policía funcionalmente competente para el control de fronteras.

Puede suceder que el extranjero expulsado intente acceder de nuevo a territorio español siendo detectado en paso fronterizo o bien consiga de cualquier forma introducirse en territorio español antes de haber finalizado el plazo de prohibición establecido en la resolución, para tales supuestos el art. 89.4 CP prevé una consecuencia principal: a saber, que el extranjero procederá a cumplir las penas privativas de libertad que por dicha causa le fueron sustituidas, pero estableciéndose una excepción para el caso de que fuese sorprendido en frontera con dos consecuencias: una, la devolución directa por parte de la Autoridad administrativa; dos, que el plazo establecido en la resolución judicial se empieza a computar nuevamente en su integridad.

Se ha planteado la cuestión, en relación al cumplimiento, de si ello supondría quebrantar el principio non bis in idem tomando como referencia la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2006 pues se estaría acumulando el cumplimiento de la pena privativa de libertad al de la expulsión practicada y periodo efectivamente cumplido de prohibición³⁶, dado que no se contempla ningún periodo de compensación (por ejemplo, de forma analógica al art. 88 CP, desoyendo la propuesta efectuada por el CGPJ en su informe de 2006 al Proyecto)³⁷

Igualmente se ha planteado si al regresar el extranjero antes del plazo establecido y procediendo a la aplicación de dicho precepto, es posible acceder por el sujeto al régimen general de suspensión/sustitución de penas previsto en los arts. 80, 81, 87 y 88 del Código penal, inclinándose en sentido negativo en las Conclusiones alcanzadas en el Seminario *Ejecución de penas*, coordinado por el Ilmo. Sr. Barrientos Pacho (Servicio de Formación del CGPJ, Madrid 2012), entendiéndose que la previsión establecida en el art. 89.6 párrafo 2º CP se refiere únicamente a los supuestos en que la expulsión no pudiera ser llevada a cabo pero no para aquellos otros en los que verificada la expulsión, el extranjero regresara antes de tiempo. Por el contrario, en *Documents sobre ejecución penal* elaborado en el CEJFE se entiende aplicable la solución contraria, esto es, que serían aplicables los beneficios penales por aplicación de la doctrina establecida en el Auto del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 2006. No obstante, también se hace referencia a la posibilidad de que hubiera prescrito la pena por transcurso de los plazos conforme al art. 133 y 134 CP.

Por su parte la Circular FGE 5/2011 en sus conclusiones 32ª y 33ª entiende que en los casos que no se haya podido verificar la expulsión por causas ajenas a la voluntad del expulsado así como cuando no se haya acordado la expulsión por el Tribunal a la vista de las circunstancias personales del sujeto, los Sres. Fiscales pueden informar favorablemente la aplicación de los beneficios penales para los casos en que procedan; por el contrario, si aprecian voluntad obstruccionista por parte del sujeto a la expulsión que no se haya podido verificar o cuando el Tribunal no acuerda la expulsión atendiendo a la naturaleza y circunstancias del delito los Sres. Fiscales informarán negativamente la aplicación de dichos beneficios.

En cualquier caso, lo que es comúnmente aceptado es que para el caso de tener que darse cumplimiento a la pena privativa de libertad inicialmente impuesta (tanto en este supuesto como en el caso de inexpulsabilidad) es que sería de abono el tiempo que hubiera sufrido el extranjero internado en CIE o bien la prisión preventiva acordada en la misma causa (aplicándose, respectivamente, el régimen jurídico de los arts. 58 y 59 CP)³⁸.

36 Así se ha abordado en *Documents sobre ejecución penal* tratado en CEJFE.

37 FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., *Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010*.

38 CORDERO LOZANO, C., *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*. Biblioteca Básica de Práctica Procesal n.º 395. Editorial Bosch, Barcelona. 1ª ed., junio 2011 y GONZÁLEZ CAMPO, E., *La ejecución penal en relación con el extranjero en situación irregular*. Encuentro Jueces Sentenciadores y Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Madrid septiembre de 2010.

En el supuesto de que el extranjero fuera sorprendido en frontera, la previsión normativa es diversa, pues no procederá la ejecución de la pena inicialmente impuesta, sino la directa devolución por parte de la Autoridad gubernativa en el mismo paso fronterizo en el que sea localizado y comenzando a contar nuevamente el plazo de prohibición de entrada en su integridad. Respecto de este supuesto se critica la utilización del término “expulsión” dado que no se trataría en propiedad de una expulsión llevada a cabo por la Autoridad administrativa (que habría de generar el correspondiente expediente administrativo) sino que se realmente de una denegación de entrada en territorio español por vigencia de una prohibición de entrada si se localiza en puesto fronterizo (26 y 60 LOExt.) o bien de una “devolución” si se localiza fuera de puesto fronterizo (art. 58 LOExt.)³⁹.

Igualmente, puede señalarse que la Circular FGE 5/2011 establece en su conclusión 38ª que en el caso de que el extranjero quebrantase la prohibición de entrada en España conforme a lo previsto en el art. 89.6 CP se trataría de una norma especial que regula la consecuencia del quebrantamiento en por tanto no procedería aplicar el art. 468.2 CP.

Pero puede suceder que acordada la expulsión, finalmente no pueda llevarse a cabo por distintas razones (v.g.: imposibilidad de documentar al extranjero, no autorización por parte de algún Juzgado o Tribunal, no admisión por parte del país destinatario, etc...), es decir, se producen diversas situaciones de “inexpulsabilidad”: así, es posible que el penado no disponga de documentación que acredite su identidad o la que posee no se estima bastante por el Estado del que diga que pertenece para que proceda a su documentación. En este sentido, en el *Documents sobre execució penal* elaborado en CEJFE de la Generalitat de Catalunya se recomienda instar a la Brigada de extranjería correspondiente que informe sobre si se ha intentado ya la expulsión del sujeto, pues si se ha intentado anteriormente con la misma documentación obrante en el expediente es muy probable que vuelva a suceder lo mismo (evitándose con ello, p.e., internamiento cautelar, ...). Suele suceder que se produce la detención del extranjero y la correspondiente petición de internamiento para expulsión informando la Brigada de Policía Nacional que el sujeto es expulsable “si su consulado o embajada lo documenta”, lo que quedará condicionado a que se produzca dicha documentación. Igualmente es oportuno valorar en el momento de la decisión, para el caso

de que haya transcurrido tiempo entre el momento de la imposición de la sustitución y la orden de efectivo cumplimiento de la misma, si han variado las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción (v.g.: posee tarjeta de residencia,...).

Para tales supuestos en que la expulsión acordada no se pueda verificar, el art. 89.6 párrafo 2º CP prevé la posibilidad de aplicación del régimen general se suspensión o sustitución de las penas (arts. 80, 81, 87 y 88 CP) o en su caso el efectivo cumplimiento de las mismas por improcedibilidad de la concesión de dichos beneficios, lo que supone apartarse de lo que imponía la anterior redacción del precepto conforme a la redacción dada por LO 11/2003 y que fue interpretada por el Tribunal Constitucional en el Auto 132/2006, de 4 de abril, señalado anteriormente.

En segundo lugar el art. 89.3 CP prevé como efecto derivado de la efectiva expulsión del extranjero el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización de residencia o de trabajo.

En tercer lugar, desde un punto de vista procesal la efectiva verificación de la expulsión conllevará el archivo provisional de la ejecutoria en trámite que permanecerá en dicho estado en tanto no haya constancia del regreso del extranjero a territorio español (o Schengen), por lo que es útil que en la resolución que lo acuerde o en su caso en oficio específico se interese de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad que verifiquen la expulsión que informen de forma inmediata al Juzgado o Tribunal sobre la efectiva expulsión del sujeto, así como que informen para el caso de que fuera hallado en territorio español, y en todo caso, para el supuesto de que no pudiera verificarse la expulsión, conviene ordenar lo conveniente acerca de la legalización del sujeto, esto es, su situación personal tras la fallida expulsión (si ha de reingresar en prisión, generalmente la más próxima al punto fronterizo que se haya intentado) o bien, su inmediata puesta en libertad si procediera.

La ejecutoria en dicho estado de archivo provisional prescribirá por el lapso de tiempo previsto en el Código penal (arts. 133 y 134), pasando entonces a archivo definitivo, de suerte que si se verificara el ingreso del expulsado en territorio español una vez acordada la prescripción de la pena, la expulsión correspondiente sería a través del oportuno expediente administrativo (así se entiende en *Documents sobre execució penal* elaborado por CEJFE de la Generalitat de Catalunya que venimos mencionando).

39 FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., *Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010*.

En cuarto lugar, surge la problemática relativa a la responsabilidad civil y a este respecto PAZ RUBIO señala *“En lo que respecta a los pronunciamientos civiles de la sentencia, la expulsión no ha de ser óbice para que se concluyan las piezas separadas de responsabilidad civil, que no deberán ser archivadas hasta que se hayan concluido debidamente, procurando en su caso la localización y realización de los bienes del reo que puedan ser objeto de traba en España. En este sentido se ha de recordar que el archivo de la ejecutoria penal no justifica el automático cierre de la pieza separada de responsabilidad civil si existen bienes embargados o se han localizado fuentes de ingresos que puedan servir para satisfacer las indemnizaciones declaradas en sentencia”*⁴⁰. Y en el mismo sentido se pronunció la Circular FGE 2/2006 haciendo referencia al criterio ya adoptado anteriormente en Circular 3/2001, de 21 de diciembre.

El problema que se plantea es de operatividad en los casos (poco frecuentes) de que el sujeto expulsado posea bienes embargables en España, de suerte que se haga compatible el archivo provisional de la ejecutoria y el mantenimiento en situación de activo la pieza separada de responsabilidad civil.

8. EJECUCIÓN MATERIAL DE LA EXPULSIÓN (PROBLEMÁTICA DEL PÁRRAFO 2º DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 17ª LO 19/2003 Y LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ART. 89.6 PÁRRAFO 1º CP TRAS LO 5/2010, DE 22 DE JUNIO)

Una vez acordada, bien en Sentencia, bien en Auto posterior “motivado” la sustitución de las penas privativas impuestas el extranjero en los casos en que se refiere el art. 89.1 CP y firme que sea la resolución, procederá la ejecución de lo acordado.

De conformidad con lo establecido en el art. 117 de la Constitución corresponde a los jueces y Tribunales “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” correspondiendo con carácter general la ejecución al órgano que haya dictado la resolución que haya devenido firme conforme LOPJ y LECRIM (arts. 984 a 986 y 990).

Pero en el caso que nos ocupa, la ejecución de la expulsión del extranjero es confiada materialmente a la Autoridad Gubernativa (Policía Nacional) que se encargará de cumplimentar todos los trámites administrativos con objeto de dar cumplimiento a lo acordado.

En principio habría de contemplarse un plazo de ejecución voluntaria de lo acordado (en este sentido la

Circular de FGE 2/2006 hablaba de no inferior a 72 horas) pero es evidente que el extranjero no residente legal y condenado por infracción penal al que se le ha sustituido la pena por su expulsión aprovechará este tiempo para dificultar de alguna forma su ejecución (sustraerse a la disposición del Tribunal, Autoridad administrativa,...), lo que aconseja la adopción de alguna medida provisional en orden a su ejecución.

Así, en tanto se verifica la expulsión, lo que llevará indudablemente un tiempo determinado, el Código penal establece una regulación específica para los casos en que en el momento de acordarse la expulsión de los previstos en el art. 89 CP el extranjero no quedara “efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta”, y surgiendo la problemática derivada de que dicho supuesto estaba regulado a través del párrafo 2º de la DA 17ª de la LO 19/2003, por lo que se plantea si el nuevo art. 89.6 CP hace una derogación (tácita) de la DA 17ª o bien se produce una coexistencia de ambos preceptos.

En las redacciones iniciales del art. 89 CP (conforme se ha visto) no se preveía régimen aplicable específico (era de aplicación el general de ejecución de penas), frente al supuesto de expulsión administrativa que sí contemplaba medida cautelar en ejecución de lo acordado (detención e internamiento en CIE conforme LO-Ext.). Sin embargo, a través de la citada DA 17ª LO 19/2003 se estableció una regulación específica.

Así el párrafo 2º de la Disposición Adicional 17ª de la LO 19/2003, de 23 de diciembre señala *“Igualmente, comunicarán las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial”*.

Por su parte, la redacción actual del art. 89.6 párrafo 1º del Código penal tras la reforma operada por

40 PAZ RUBIO, J.M., *Extranjeros y derecho penal*. Cuadernos de Derecho judicial. CGPJ. Madrid. 2003, p. 159.

LO 5/2010, de 22 de junio (con entrada en vigor el 23/12/2010) señala “*Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa*”.

Y así FERNÁNDEZ ARÉVALO entiende que el art. 89.6 párrafo 1º CP supone una derogación tácita de la DA 17ª. En el mismo sentido, en las conclusiones del Seminario “*Ejecución de penas*” coordinado por Sr. Barrientos Pacho en el seno del Servicio de Formación del CGPJ entiende que dicha DA 17ª fue derogada y quedó sin efecto por mor del citado art. 89.6 CP tras la reforma operada por LO 5/2010.

Por el contrario, tanto la Fiscalía General del Estado (Instrucción 1/2010 de funciones del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución de los procesos penales; la Circular FGE 2/2006 y la 5/2011) como otros autores (así GONZÁLEZ CAMPO) entienden que se produce una coexistencia de ambas regulaciones para diversos supuestos que permiten aplicar una u otra medida en atención a las circunstancias concurrentes.

Así, en la conclusión 26ª de la Circular 5/2011 se señala que los Sres. Fiscales habrán de solicitar en sus escritos de acusación la aplicación de la DA 17ª LO 19/2003 o *alternativamente* el ingreso en Centro de Internamiento de Extranjeros del art. 89.6 CP. Y así establece como criterio general que el internamiento en CIE queda reservado a penas privativas de libertad de localización permanente o responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa o penas de prisión inferior a 3 meses, y excepcionalmente, podrán instarlo para las penas de prisión “*que hubieran podido haber sido suspendidas como consecuencia de la aplicación del art. 88 CP [sic]*” (conclusión 27ª), habría de entenderse que se está refiriendo a las penas de prisión inferiores a 2 años suspendibles por procedencia de la apreciación de los requisitos establecidos en los arts. 80 y 81 CP, y excluirse entiendo la suspensión extraordinaria del art. 87 CP referidas a penas de prisión no superiores a 5 años (por tratarse de supuesto excepcional sometido a requisitos específicos). En los casos en que no se inste a favor del ingreso en CIE deberán interesar la aplicación de la DA 17ª y el ingreso en el correspondiente Centro Penitenciario, donde permanecerá provisionalmente por el tiempo más breve posible y en todo caso no superior a 30 días, prorrogables, debiendo

informar negativamente la prórroga si se produce un cumplimiento avanzado de la condena (entendiendo por tal $\frac{3}{4}$ partes de la misma).

No existe, por ahora, un pronunciamiento expreso sobre esta cuestión por parte de nuestros Tribunales, debiendo estar a la espera que se produzca a fin de establecer criterio claro, pero en todo caso entendiéndose, a la vista de la redacción del art. 89.6 párrafo 1º CP, que dicha previsión únicamente se aplicara para los casos en que el sujeto no esté privado de libertad por esa causa o efectivamente lo quede por la misma, por lo que si lo estuviera ha de entenderse que continuaría en el Centro Penitenciario como penado pero al mismo tiempo a disposición de la Autoridad Gubernativa a los efectos de su inmediata expulsión; y en los demás casos, se establece el internamiento en CIE como posibilidad a valorar por el Juez o Tribunal a la vista de las circunstancias concurrentes, siendo especialmente prudentes, conforme se señala en *Documents sobre ejecución penal* del CEJFE por tratarse de una medida privativa de libertad instrumental respecto de la ejecución de una medida no privativa de libertad encomendada a la Autoridad administrativa, por lo que se deberá estar especialmente vigilante en los casos de inexpulsabilidad detectados porque la adopción de la medida sería inservible a tal fin.

Como se señaló anteriormente, en caso de no verificarse finalmente la expulsión, el tiempo sufrido en Centro penitenciario o CIE es abonable conforme arts. 58 y 59 CP.

B) Sustitución parcial: art. 89.5 Cp

Nos hemos referido hasta ahora al supuesto de sustitución total del art. 89.1 CP y procedemos a analizar ahora el supuesto denominado de sustitución parcial contemplado en el art. 89.5 CP, que presenta elementos comunes con el anterior y por tanto sólo vamos a referirnos a las especificidades propias de éste supuesto.

El art. 89.5 CP señala “*Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España*”.

Este supuesto estaba contemplado anteriormente en el párrafo 2º del art. 89.1 CP, pero con la LO 5/2010 se ubica en el apartado 5º del mismo artículo, lo que ha sido criticado por poder producir confusiones interpretativas sobre si lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 4 es aplicable al mismo (y así se señaló en el Informe emitido por el CGPJ al anteproyecto de 2006. Finalmente se llevó al apartado 5º pudiéndose producir dichas interpretaciones aunque descartadas por la doctrina generalmente.

Respecto de su antecesor en el párrafo 2º del art. 89.1 CP, PAZ RUBIO señaló⁴¹: “*Aunque algún sector doctrinal la ha calificado de ‘libertad condicional ‘sui generis’, la expulsión del extranjero interno en Centro Penitenciario presenta un perfil distinto a la libertad condicional pues la decide el Juez o Tribunal sentenciador; no el Juez de Vigilancia Penitenciaria, no va precedida de propuesta de la Junta de Tratamiento del Centro, y determina la suspensión de la ejecución de la condena, no su extinción en alguna de las modalidades de régimen reguladas en la Ley Orgánica General Penitenciaria*”.

Podemos hacer algunas consideraciones:

1. A INSTANCIA DEL MINISTERIO FISCAL

Ya se señaló estudiando el supuesto anterior que rige de forma efectiva el principio acusatorio pese a que no se mencionaba expresamente que la sustitución fuera a instancia de parte si bien doctrina y jurisprudencia actual convienen en este sentido. Por ello llama la atención la diferente redacción del precepto, de suerte que en este supuesto sí se contempla expresamente la petición del Ministerio Fiscal como necesaria para proceder a esta sustitución, y en ese sentido la Circular FGE 5/2011 (Conclusión 35ª) insta a los Sres. Fiscales a interesar en sus escritos de acusación provisionales o definitivos, según proceda por la instrucción o tras el Juicio, la aplicación de esta sustitución si se aprecia que concurren los requisitos subjetivos y objetivos para ello.

Se entiende que por imperativo legal únicamente puede instarlo el Ministerio Fiscal, lo que no es óbice para que bien otras partes, bien el propio penado puedan solicitarlo, siempre y cuando conste seguidamente la adhesión o no oposición del Ministerio Fiscal a la adopción de la medida.

2. PREVIA AUDIENCIA EN SENTENCIA O EN EJECUCIÓN

El Juez o Tribunal podrá acordar esta sustitución instada por el Ministerio Fiscal pero siempre con “*previa*

audiencia del penado y de las partes personadas”, lo que conforme se ha señalado anteriormente se podrá verificar bien en el curso del Juicio Oral si se instaba por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones provisionales, bien mediante una audiencia específica posterior durante su ejecución. El Ministerio Fiscal a través de las Circulares señaladas anteriormente tiene obligación específica de promover esta sustitución en los casos en que proceda.

3. EXTRANJERO NO RESIDENTE LEGALMENTE EN ESPAÑA

Nos remitimos a todo lo señalado anteriormente a este respecto.

4. QUE HUBIERA DE CUMPLIR O ESTUVIERA CUMPLIENDO CUALQUIER PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Comprende, por tanto, las inferiores, iguales o superiores a 6 años de privación de libertad, diferenciándose de la regulación anterior que se refería únicamente a las superiores.

Así, para el caso de que no se hubiera acordado la expulsión por aplicación del art. 89.1 CP sería viable la aplicación del supuesto del art. 89.5 CP, se entiende que si han variado las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la no adopción de esta medida en el momento de la decisión ex art. 89.1 CP.

5. ALCANZADO EL TERCER GRADO PENITENCIARIO O EXTINGUIDAS TRES CUARTAS PARTES DE LA CONDENA

Se contemplan dos modalidades de esta sustitución parcial, una, en el caso de que el penado haya alcanzado el tercer grado penitenciario por progresión de grado conforme al tratamiento penitenciario con independencia del tiempo cumplido efectivamente (por lo que ha de considerarse el régimen jurídico de la progresión en grado de LOGP y Reglamento Penitenciario); y dos, para el caso de haber extinguido las tres cuartas parte de la condena con independencia del grado en que ostente el penado.

Se ha de tener en cuenta el supuesto especial previsto en el art. 91 CP que posibilita el acceso a la libertad condicional una vez extinguida la mitad de la condena, lo que puede suponer la aplicación de la medida de sustitución transcurrido muy poco tiempo de cumplimiento de la condena en los supuestos que refiere.

6. EXCEPCIÓN: SALVO QUE PREVIA AUDIENCIA DEL MINISTERIO FISCAL Y DE FORMA MOTIVADA APRECIEN RAZONES QUE

41 PAZ RUBIO, *Expulsión de Extranjeros*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid 2003, p. 161

JUSTIFIQUEN EL CUMPLIMIENTO EN ESPAÑA

Respecto a ello la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 4 de octubre de 2013 señaló “Ello significa que, a diferencia de la versión derogada, ahora se da intervención a las partes para adoptar la medida de la expulsión del extranjero que ha sido condenado y, además, la decisión puede ser acordada en sentencia o durante su ejecución. Y si bien la expulsión sigue siendo imperativa (“acordarán”), se ha implantado no obstante, tal como anticipamos, una cláusula de excepción de amplia cobertura referente a la formulación de razones que justifiquen el cumplimiento de la pena en España una vez llegado al tercer grado o cumplidas sus tres cuartas partes.

Dentro de esa cláusula han de entenderse comprendidas como razones excluyentes de la expulsión, entre otras, las relacionadas con circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen.

3. Ciñéndonos ya al caso concreto, la defensa impugna en el recurso que se haya acordado en la sentencia la expulsión del recurrente a partir de que acceda al tercer grado o que alcance el cumplimiento de las tres cuartas partes de la pena, y se queja de que ello supone realmente la imposición de una pena acumulativa a la privativa de libertad que ya lleva cumplida.

Sin embargo, lo cierto es que el acusado no recoge en su escrito de recurso ningún dato de índole personal o de otra clase que justifique la aplicación de la excepción que contempla el precepto legal cuando se refiere de forma genérica a razones justificadoras del cumplimiento de la pena en España, por lo que se carece de datos concretos y de argumentos que permitan aplicar la cláusula de excepción. No puede, pues, afirmarse que la Sala de instancia haya incurrido en un error jurídico al no aplicarla.

De otra parte, no se trata de que al acusado se le imponga otra pena acumulada a las anteriores, sino que lo que sucede realmente es que su condición de residente ilegal legitima la aplicación de la medida sustitutiva.

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.

Se desestima, por tanto, también este último motivo de impugnación”. (En el mismo sentido ya se habían pronunciado Sentencias anteriores como la n.º 918/2012, de 10 de diciembre).

2. Expulsión como medida de seguridad

Como se ha señalado a propósito de la naturaleza jurídica, el Código penal califica la **expulsión como una medida de seguridad no privativa de libertad en el art. 96.3.2º CP**, si bien, como hemos señalado también anteriormente, no cumple la función y requisitos para ser considerada como tal pues para nada cumple funciones rehabilitadoras y terapéuticas perseguidas por las medidas de seguridad previstas para los supuestos de inimputabilidad y semiinimputabilidad, con olvido además del mandato establecido en el art. 6.2 CP al señalar que “Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”, por lo que en su aplicación ha de efectuarse un juicio de ponderación entre la medida a imponer y la peligrosidad del sujeto, de suerte que la aplicación de la medida de expulsión, bien directamente, bien por sustitución, parece obviar dicha previsión.

Así, el art. 95.2 CP señala que “Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 96.3”. Esto es, únicamente medidas de seguridad no privativas de libertad, entre las que se encuentra, como se ha señalado, la de expulsión en el art. 96.3.2º CP.

Y seguidamente para el caso de que el sujeto sea un extranjero no residente legalmente en España es posible adoptarla como sustituta de las medidas de seguridad (privativas y no privativas de libertad) que se le hubieren impuesto al sujeto conforme a lo establecido en el art. 108 CP.

El art. 108 CP señala que “1. Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean apli-

cables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.

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

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

Por tanto, el régimen general para los extranjeros no residentes legalmente en España a quienes se les imponga una medida de seguridad es la de su expulsión del territorio nacional, a salvo las consideraciones hechas anteriormente en relación con la sustitución de penas y el principio de proporcionalidad y demás supuestos que excepcionan la aplicación de la sustitución planteada en términos imperativos.

Se señala por la generalidad de la doctrina que el legislador ha olvidado la existencia de este precepto dado que por LO 5/2010 se modificó el paralelo previsto para las penas privativas de libertad conforme al art. 89 CP según se ha señalado, pero dejó intacta dicha reforma este precepto previsto de igual forma para las medidas de seguridad, de suerte que se aplica un régimen jurídico diverso que el establecido para aquellas y además más rígido que aquél sin haber tenido en consideración las modulaciones que se han ido efectuando por doctrina y jurisprudencia y que sí tuvieron su reflejo en la modificación operada en el citado art. 89 CP. Así podemos señalar algunas cuestiones:

a) No se modula el plazo de prohibición de regreso a España que se mantiene con carácter fijo en 10 años.

b) Tampoco se modifica las consecuencias del quebrantamiento y únicamente se prevé como tal la devolución por la Autoridad gubernativa, de modo que no será posible el cumplimiento de la medida de seguridad impuesta pues en todo caso será precedente la devolución a su país.

c) Aunque se señala que ha de hacerse en Sentencia, el principio de revisabilidad de las medidas de seguridad permitirá que se realice en fase de ejecución por la vía del art. 97 CP

d) El precepto hace referencia para la valoración a la “naturaleza del delito”, criterio que, como se ha señalado, no se tiene en cuenta ya para las penas y que menos relevancia ha de tener en el caso de las medidas de seguridad en que la finalidad es específicamente rehabilitadora respecto de la acreditada peligrosidad.

e) Es trasladable para la interpretación del precepto la doctrina y jurisprudencia que se elaboró entorno al art. 89 CP en su antigua redacción paralela (en este sentido STS 844/2010, de 13 de octubre y STS 853/2010, de 15 de octubre⁴²).

f) La facultad de sustitución es más amplia que la prevista para las penas pues se refiere, como se ha señalado, tanto a las medidas privativas como a las no privativas de libertad, y además no se establece límite temporal alguno de las mismas⁴³.

Para los supuestos de semiinimputabilidad (art. 104 CP) se prevé la imposición de pena y de medida de seguridad, aplicándose el sistema vicarial previsto en el art. 99 CP que señala “En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vezalzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3.”. Por lo que nuevamente se puede acordar la expulsión del territorio nacional en el caso de extranjeros no residentes legalmente en España, habiendo sido asimilado o apreciada semejanza con el supuesto de sustitución parcial de la pena (GONZÁLEZ CAMPO⁴⁴), entendiéndose que no

42 CORDERO LOZANO, C., *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*. Serie administrativa. Ed. Bosch. 2011, pp. 68 y 69.

43 Vid. not. ant.

44 GONZÁLEZ CAMPO, E., *La ejecución penal en relación con el extranjero en situación irregular*. Encuentro Jueces Sentenciadores y Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Madrid septiembre de 2010.

se produce una sustitución de la medida de seguridad que ya está alzada, sino una suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad pendiente de cumplir entendiéndose adecuado a las circunstancias del sujeto acordar la expulsión.

3. Expulsión judicial en periodo de libertad condicional (art. 90.2 CP)

Señala el art. 90.2 CP a propósito de la libertad condicional “El juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código”.

Sobre este precepto se han pronunciado diversos Tribunales pudiendo traer a colación por su carácter explicativo el Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 1ª, de 23 de noviembre de 2007 (ROJ: AAP IB 609/2007) que refiriéndose a esta cuestión señala: “Pues bien: el examen de la decisión del Juez de Vigilancia al imponer la medida prevista en el art. 96.3.2º CP por remisión del art. 90.2 nos obliga a analizar concretamente si dicho órgano puede, o no, adoptar “medidas de seguridad” (en sentido propio y técnico). Y este Tribunal entiende que no, por tres razones: a) Que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.1 del Código Penal, las medidas de seguridad únicamente pueden imponerse por el Juez o Tribunal sentenciador. b) Que entre las atribuciones que la ley asigna al Juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 76 LOGP), una de las cuales es precisamente la de resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados, no se cuenta la posibilidad de adoptar “medidas de seguridad” (en sentido propio y técnico). Y c) Que, en coherencia con la regulación de las medidas de seguridad, el art. 97 párrafo primero del CP, en su nueva redacción conforme a la LO 15/2003, atribuye expresamente al juez o tribunal sentenciador, durante la ejecución de la sentencia, las facultades de control sobre las medidas de seguridad impuestas (perdiendo su naturaleza facultativa y pasando a tener carácter necesario). A tal efecto, el Juez de Vigilancia estará obligado a elevar, al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, suspensión o sustitución de la medida de seguridad de la pena privativa de libertad.

Con estas premisas forzoso es entender que la remisión que efectúa el art. 90.2 al art. 96.3, no se refiere a la adopción de “medidas de seguridad”, sino a “medidas” (entendidas como deberes, obligaciones, cargas o reglas de conducta), cuyo contenido es esencialmente

idéntico a las de las medidas de seguridad que dicho precepto prevé.

Ahora bien: como quiera que la remisión del art. 90.2 al art. 96.3 CP se hace “en bloque” (o sea, a todas las medidas que el precepto prevé, hasta un total de 12) resulta obligado analizar si algunas de ellas, y concretamente la prevista como 2ª (la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España) es compatible, o no, con la naturaleza jurídica de la libertad condicional.

La Sala, compartiendo el criterio de los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, de fechas 24.10.2005 y 16.11.2005, y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 24.04.06, entiende que la respuesta ha de ser la negativa, por las razones que a continuación se exponen”.

Y continúa señalando más adelante: “Todas estas circunstancias no hacen sino evidenciar la falta de coherencia de la medida en cuestión con la naturaleza jurídica de la institución de la libertad condicional. Si se acuerda la expulsión en el momento de concederse la libertad condicional, a la que se llega cuando la ejecución de la pena de prisión ha llegado a su fase última, se está obviando la expectativa de renuncia a la recuperación y reintegración en la sociedad de quien ha dado signos suficientes, con su comportamiento, esfuerzo y evolución penitenciaria, de reunir las condiciones y la disposición para ello y, además, la condena impuesta, que aún no ha quedado extinguida porque no ha alcanzado su fecha de finalización, queda automáticamente sustituida de facto por la expulsión, sin posibilidad de continuar con su cumplimiento, por decisión acordada en exclusiva por el Juez de Vigilancia Penitenciaria al margen de la voluntad del penado ... y sin la menor posibilidad de control por parte del Juez o Tribunal sentenciador; todo lo cual constituye una quiebra del sistema —naturaleza, contenido y fines de la libertad condicional— que determina su rechazo...”.

Y concluye: “Ante esta realidad, su imposición por el Juez de Vigilancia como medida o regla de conducta al acordar la libertad condicional, con lo que ello implica en tanto que necesaria sustitución de la pena (en la parte que resta hasta su total extinción) no resulta posible, ya que el Juez de Vigilancia carece de facultades para sustituir penas privativas de libertad por medidas”.

Así se pronuncia igualmente la Circular FGE 5/2011 en su conclusión 37ª al señalar que “Los Sres. Fiscales se opondrán a que la expulsión sustitutiva parcial sea acordada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria Vigilancia como regla de conducta de la libertad con-

dicional, pues la ley es clara al atribuir directamente la competencia al Juez o Tribunal sentenciador”.

Por tanto, parece que pese a las previsiones legales señaladas, la práctica doctrinal y jurisprudencial se inclina por la inaplicación de las mismas por no ser conforme con la estructura general de control de la ejecución por el Juez o Tribunal Sentenciador.

VII. PROYECTO DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

El Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados). X LEGISLATURA. Serie A: PROYECTOS DE LEY 4 de octubre de 2013 Núm. 66-1: “Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal” actualmente en tramitación en las Cortes Generales prevé una nueva modificación del precepto, que ahora pasaría a ser el art. 88 CP **respecto de la sustitución de penas.**

Así el artículo Quincuagésimo segundo del Proyecto establece que *“se modifica el artículo 88, que queda redactado del siguiente modo”:*

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

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

3. El Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena.

4. No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en par-

ticular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.

La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales. Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además:

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

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

En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el número dos de este artículo.

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

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

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

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

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

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

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

La Exposición de motivos del Proyecto de Ley de la reforma a propósito de esta nueva modificación señala:

“También se modifica la regulación de la sustitución de la ejecución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional. De nuevo, la reforma combina la búsqueda de la eficacia con un escrupuloso respeto de los derechos individuales: se ajusta el límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería; los Jueces y Tribunales deberán establecer, en todo caso, qué parte de la pena impuesta debe ser cumplida efectivamente en prisión, cuando se hayan impuesto penas de más de tres años; y la sustitución se condiciona, en todos los casos, a la proporcionalidad de la medida. La sustitución de las penas de prisión por la medida de expulsión del territorio nacional en el caso de delitos cometidos por un ciudadano europeo, se contempla con carácter excepcional, reservándose a aquellos supuestos en los que su autor representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, en atención a los criterios recogidos en 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 residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que deberán ser tenidos en cuenta por los jueces y tribunales en la interpretación y aplicación del precepto correspondiente”.

Partiendo de que se trata de un proyecto que se encuentra actualmente en tramitación parlamentaria y sujeto, por ello, a posibles modificaciones por estimación de las oportunas enmiendas, a la vista del publicado de forma inicial y entendiendo que marcará la base esencial sobre el que pivotará el nuevo articulado, se pueden hacer las siguientes consideraciones:

1ª Se traslada el precepto del art. 89 CP al art. 88 CP.

2ª Distingue tres grupos en atención a la clase y duración de la pena privativa de libertad impuesta:

- a) Penas de prisión inferiores a 1 año y resto de penas privativas de libertad diferentes de prisión inferior a 1 año.
- b) Pena de prisión superior a 1 año.
- c) Pena de prisión: o bien superior a 5 años o bien varias inferiores pero que en suma superan los 5 años de prisión.

3ª Para las penas de prisión inferiores a 1 año y resto de penas privativas de libertad diferentes de la de prisión inferior a 1 año no se prevé la sustitución judicial, entendiéndose, en su caso, que sería de aplicación la normativa administrativa oportuna.

4ª Para las penas de prisión superior al año o superiores a los 5 años (individual o conjuntamente) se prevé la posibilidad de sustitución total o parcial.

5ª Se mantiene el carácter imperativo de la sustitución (“serán sustituidas”).

6ª Se amplía el elemento subjetivo del precepto pues ya no está referido a extranjeros sin residencia legal en España, sino a todo tipo de extranjeros (incluidos los ciudadanos de la Unión Europea respecto de los que se establece un régimen específico más restrictivo e incluso uno más excepcional cuando hubiera residido por más de 10 años en España).

7ª Para el régimen jurídico de la sustitución de las penas de prisión superiores al año se establece el criterio general de la sustitución total, si bien excepcionalmente (“asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”) se puede acordar la sustitución parcial, determinando el Juez o tribunal la parte a cumplir (no superior a 2/3) y la que será sustituida por expulsión o bien en todo caso cuando haya alcanzado la libertad condicional o el 3er. grado penitenciario.

8ª Para las penas de prisión superiores a 5 años (individuales o conjuntamente entre varias) el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de todo o de parte de la pena acordando la sustitución por expulsión cuando: a) se cumpla la parte no señalada de cumplimiento, b) cuando alcance 3er. grado de tratamiento penitenciario o c) cuando le sea concedida la libertad condicional.

9ª Se ha de establecer con carácter general en Sentencia, pero si no es posible permite derivarlo a momento posterior pero de forma inmediata.

10ª Se establece la excepción general a la sustitución cuando se entienda que no proceda atendidas las circunstancias del hecho y las del autor, especialmente su arraigo. Esto es, se introduce expresamente el principio de proporcionalidad que se venía ya exigiendo por la jurisprudencia, como se ha señalado anteriormente.

11ª Se mantiene el arco temporal de la prohibición de entrada entre 5 y 10 años y el archivo del expediente administrativo; igualmente las medidas instrumentales para garantizar la expulsión (internamiento en CIE) y los delitos excluidos de aplicación (con variación de su numeración)

12ª Se prevé la consecuencia del quebrantamiento para el caso de que regrese antes de tiempo: si es localizado en frontera será expulsado por la autoridad gubernativa; si no, se dará cumplimiento a la pena sustituida, salvo que el Juez o Tribunal excepcionalmente entiendan que no concurre necesidad en atención al tiempo transcurrido y en relación a la norma infringida.

13ª Se omite (sorprendentemente) referencia alguna a la intervención o audiencia del Ministerio Fiscal, del sujeto afectado o de las partes personadas.

14ª Se hace uso de conceptos abstractos como “asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito” que impiden aplicaciones objetivas del precepto huyendo de los principios de claridad y taxatividad.

15ª Parece residenciarse como pura potestad jurisdiccional la adopción de la decisión de sustitución, omitiéndose referencia a la audiencia de las partes, si bien, como se ha señalado a lo largo del trabajo, y conforme reiteradamente han señalado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, se hace necesaria la audiencia de la parte para poder alegar lo que crea oportuno y a efectos de poder ser valorado.

Por lo que se refiere a la sustitución de medidas de seguridad:

El Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados (Serie A Núm. 66-1 4 de octubre de 2013 Pág. 48) señala:

Septuagésimo quinto. Se modifica el artículo 108, que queda redactado del siguiente modo:

“1. Las medidas de seguridad privativas de libertad que fueran impuestas a un ciudadano extranjero podrán ser sustituidas por el Juez o Tribunal, en la sentencia o resolución que las imponga, o en otra posterior, por la expulsión del territorio nacional, salvo que excepcionalmente y de forma motivada se aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España o que la expulsión resulte desproporcionada.

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

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.

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

La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando:

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 tres años,

b) exista un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de delitos de la misma naturaleza y de gravedad relevante, y

c) represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública.

3. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión.

4. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la au-

toridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad”.

Se pueden hacer las siguientes consideraciones:

1º Se toma como base la actual redacción del art. 108 CP que como se ha señalado ya estaba desfasada respecto de la dada al art. 89 CP por lo que vuelve a incurrir en defectos que ya eran criticados en doctrina y jurisprudencia.

2º Mantiene la referencia a la “naturaleza del delito” cuando ello debería ser indiferente respecto del fin de rehabilitación y terapéutico del sujeto; si bien introduce el criterio de proporcionalidad.

3º Se amplía igualmente respecto de todo tipo de extranjeros con independencia de que sea o no residentes legales.

4º Vuelve a incurrir en el error de no establecer un arco temporal para la prohibición de entrada que sí se establece en el caso de las penas, e igualmente también persiste en el error de no prever las consecuencias del quebrantamiento más allá de que será expulsado nuevamente.

Por tanto, ha de concluirse que el proyecto de modificación actualmente en trámite y a salvo de las modificaciones que finalmente se aprobasen por oportuna enmienda, aunque acoge algunas de las consideraciones que venían reclamando doctrina y jurisprudencia (principio de proporcionalidad, compensación de la parte de expulsión cumplida con pena privativa de libertad eventualmente pendiente de cumplimiento para el caso de vuelta anticipada, etc...), sin embargo continúa adoleciendo de un tratamiento unitario, completo y armónico de la sustitución por expulsión con un régimen diverso de penas y medidas de seguridad (éste sobre una normativa que ya estaba además desfasada y desarmonizada respecto del de la pena) pero es que además introduce nuevos elementos que sin duda darán lugar a controversia (conceptos abstractos, omisión de la intervención de las partes...). Sin duda el texto propuesto se hace merecedor de dura crítica y está necesitado de una mejora técnica sustancial que es de esperar, se obtenga en la tramitación parlamentaria.

VIII. CONCLUSIONES

A la vista de lo anteriormente expuesto se puede concluir que la regulación actual de la expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España está influida sustancial y negativamente por una determinada política en materia de extranjería ajena a la necesaria política criminal con desconocimiento de los fines propios de las sanciones penales, lo que ha llevado a hacer uso ex-

cesivo y no bien ubicado de la medida de expulsión que se presenta como posible a través de diversas figuras jurídico-penales (por sustitución de penas o medidas de seguridad, como medida de seguridad o como medida en el ámbito de la libertad condicional), y que responden a naturalezas jurídicas diversas.

La normativa así establecida por el legislador ha ido siendo atemperada y modulada por las declaraciones jurisprudenciales que la han observado desde la perspectiva constitucional así como de las obligaciones asumidas por España en Tratados Internacionales desechando la idea de una aplicación automática y estableciendo la necesidad de que los Jueces y Tribunales valoren y así lo expliciten en la oportuna resolución las circunstancias concretas del sujeto en relación con sus circunstancias (arraigo personal, familiar, laboral,...), en relación con la naturaleza de la pena impuesta, las

circunstancias de cumplimiento que incidan en la ejecución, etc..., imponiendo así la concurrencia del principio de proporcionalidad entre la medida de expulsión y dichas circunstancias que necesariamente se han de tener en cuenta.

El proyecto de reforma del Código penal actualmente en trámite en las Cortes Generales acoge e incorpora en el nuevo texto que se propone algunas de aquellos pronunciamientos jurisprudenciales y observaciones doctrinales, pero incide y persiste en otros que también habían sido apuntados, e introduce algunos nuevos elementos de controversia. No obstante, dado que no ha finalizado el camino del citado proyecto, esperemos que aún se puedan incorporar las mismas con objeto de una mejor aplicación normativa beneficiosa para la sociedad.