



UNIVERSITAT
JAUME•I

Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas

TESIS DOCTORAL

**La expulsión judicial de los extranjeros como medida sustitutiva a la pena de
prisión en la reforma de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo.**

Doctoranda:

D^a. María Estrella Muñoz Gayán

Directoras:

Dra. D^a. María Luisa Cuerda Arnau

Catedrática de Derecho Penal

Dra. D^a. Cristina Guisasola Lerma

Profesora Titular de Derecho Penal

Castellón, septiembre 2015

A mis hijos, Pablo y María

AGRADECIMIENTOS

Sin duda alguna la elaboración de una tesis es para mucho una de las etapas más difíciles de nuestra carrera profesional pues implica mucho trabajo, dedicación, sacrificio y más cuando al mismo tiempo se trabaja y se tiene hijos y familia a la que atender.

En primer lugar quiero agradecer a mis directoras de tesis, la Dra. Marisa Cuerda y la Dra. Cristina Guisasola, que me han orientado, apoyado y dirigido en mi labor científica con un interés y entrega que ha sobrepasado en mucho, todas las expectativas que, como alumna, deposité en sus personas. Gracias por la confianza ofrecida.

Pero una labor de investigación, es también fruto del reconocimiento y del apoyo vital que nos ofrecen las personas que nos estiman, sin el cual no tendríamos la fuerza y energía que nos anima a crecer como personas y como profesionales. Por ello quiero agradecer a mi familia, especialmente a mi esposo Rafa y a mis hijos, Pablo y María, su paciencia, comprensión y solidaridad con este proyecto, por el tiempo que me han concedido, un tiempo robado a nuestra historia familiar. Sin su apoyo este trabajo nunca se habría escrito y, por eso, este trabajo es también el suyo.

Y por último no puedo dejar de mostrar mi agradecimiento a tantos buenos amigos/as que me han prestado su apoyo moral y humano, tan necesarios en los momentos difíciles de este trabajo, ellos me han animado cuando pensaba que ya no podía seguir adelante, que me superaba compaginar mi trabajo profesional y mi vida personal con la elaboración de la tesis: Gisela, Mercedes, Belén, Mary, Chus, Paloma, Ana, Clara, Rafa, ... no podría nombrar a todos por temor a olvidar a alguno, todos habéis sido más importantes de lo que imagináis. Gracias por vuestra incondicional amistad.

En definitiva, gracias a todos por haber hecho posible que este proyecto que en su día comencé con tanta ilusión se haya hecho realidad.

ÍNDICE

INTRODUCCION: DELIMITACION DEL OBJETO DE ESTUDIO.	7
CAPITULO PRIMERO. EVOLUCION LEGISLATIVA	13
I – INTRODUCCION.....	15
II - ANTECEDENTES EN LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA Y PENAL.....	16
III ANTECEDENTES EN EL DERECHO PENAL CODIFICADO.....	20
III.1. <i>Introducción.</i>	20
III.2. <i>El Código Penal de 1822.</i>	21
III.3. <i>El Código penal de 1848. La edición reformada de 1850.</i>	24
III.4. <i>El Código Penal de 1870.</i>	27
III.5. <i>El Código Penal de 1928.</i>	28
III.6. <i>El Código Penal de 1932.</i>	32
III.7. <i>El Código Penal de 1944.</i>	33
III.8. <i>El Código Penal de 1973.</i>	34
III.9. <i>El Código Penal de 1995.</i>	38
CAPITULO SEGUNDO. LA INCIDENCIA DE LA INTERVENCION JUDICIAL EN LA EXPULSIÓN GUBERNATIVA	49
I. INTRODUCCION.....	51
II. SUPUESTOS EN QUE PROCEDE.....	51
II.1 <i>La expulsión gubernativa como medida alternativa a la sanción de multa. (LO 4/2000, art. 57.1)</i>	54
a) Naturaleza jurídica.	54
b) Supuestos en que procede. Precisiones.	55
c) Multa o expulsión del territorio nacional. Carácter alternativo.	66
d) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 23.04.2015. Análisis y crítica. .. 71	
II.2 <i>La expulsión gubernativa como accesoria por la condena de delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a un año. (L.O. 4/2000, art. 57.2)</i>	77
a) Naturaleza jurídica.	77
b) Supuestos en que procede. Precisiones.	78
c) Principio “non bis in idem”.	81
II.3 <i>La expulsión gubernativa con posterioridad al cumplimiento de la pena de prisión. (L.O. 4/2000, art. 57.8)</i>	87
III. ORGANO SANCIONADOR.	88
IV. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.	89
IV.1. <i>Garantías jurídicas del extranjero.</i>	90
IV.2. <i>Tipos de procedimientos.</i>	91
a) Supuestos en los que procede el procedimiento ordinario. (art. 226 a 233 REX.)	92
b) Supuestos en los que procede el procedimiento preferente (art. 235 a 237 Reglamento)	94
c) Supuestos en los que procede el procedimiento simplificado. (art. 238 a 240 del Reglamento) .. 97	
IV.3. <i>Recursos contra resolución administrativa sancionadora.</i>	98
IV.4. <i>Comunicación interorgánica.</i>	99
V. MEDIDAS CAUTELARES.	100
V.1 <i>Especial referencia a detención cautelar y la medida de internamiento en los centros de internamiento de extranjeros (CIE)</i>	102
a) La detención cautelar.	102
b) El internamiento de los extranjeros en los CIE.	105

i) Regulación.....	105
ii) Naturaleza Jurídica.....	114
iii) Supuestos en que procede el internamiento:.....	118
iv) Duración del internamiento. Internamientos sucesivos.....	122
v) Carácter excepcional del internamiento. Principio de proporcionalidad. Control judicial.....	123
vi) Crítica a modo de conclusión.....	131
VI. SUPUESTOS EN QUE NO PROCEDE LA EXPULSION GUBERNATIVA.....	138
VI. 1. PRECISIONES.....	140
a) Extranjeros de larga duración.....	140
b) El trabajo de los penados.....	141
c) El arraigo y la vida familiar.....	141
d) Regularización del extranjero una vez acordada su expulsión.....	142
e) Extranjero: víctima o testigo de un delito.....	143
VII. EFECTOS DE LA EXPULSION GUBERNATIVA.....	144
VIII. EJECUCION DE LA EXPULSION.....	145
VIII.1. Expulsiones de ciudadanos de la Unión Europea.....	149
VIII.2. Suspensión ejecución.....	152
a) Supuestos.....	152
b) La suspensión de la ejecución como medida cautelar.....	153
c) Criterios jurisprudenciales.....	155
IX. FIGURAS AFINES.....	160
IX.1. El retorno o denegación de entrada.....	160
IX.2. Las salidas obligatorias.....	160
IX.3. Las llamadas expulsiones colectivas.....	161
IX.4. Devoluciones. Especial referencia a las llamadas “devoluciones en caliente”. Crítica.....	162
CAPITULO TERCERO. LA EXPULSION JUDICIAL.....	171
I. LA EXPULSION JUDICIAL COMO FORMA DE ENERVACION DE LA ACCION PENAL. (L.O. 4/2000, ART. 57.7).....	172
I.1. Elementos.....	172
I.2. Naturaleza jurídica.....	178
I.3. Legitimación para solicitar la expulsión. Juez competente para acordarla.....	180
I.4. Extranjero sujeto a varios procesos. Principio non bis in idem.....	180
I.5. Momento preclusivo.....	182
I.6. Audiencia al extranjero. Intervención del Ministerio Fiscal.....	183
I.7. Resolución judicial. Efectos.....	185
II. LA EXPULSIÓN JUDICIAL COMO SUSTITUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD IMPUESTA. (ART. 89 C.P.).....	186
II.1. Introducción. Antecedentes históricos y reformas del art. 89 C.P.....	186
II.2. Breve referencia a la suspensión y a la sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad, en la reforma de la L.O. 1/2015. Cuestiones prácticas.....	200
a) Introducción. Reforma de la suspensión de la ejecución de la pena por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo.....	200
b) Suspensión ordinaria (art. 80.1 C.P.).....	206
i) Requisitos objetivos.....	207
ii) Resolución judicial: sentencia o auto.....	215
iii) Efectos de la suspensión.....	216
iv) Condiciones, obligaciones o deberes.....	218
v) Mecanismos de control de las condiciones del art. 83C.P.....	221
vi) Cese, sustitución o modificación de las medidas impuestas.....	222
vii) Revocación de la suspensión: supuestos.....	223
viii) Ignorado paradero del condenado al notificarle el auto de suspensión.....	227

c)	Suspensión extraordinaria por adiciones (art. 80.1 C.P.)	228
d)	Suspensión extraordinaria por grave enfermedad (art. 80.4 C.P.)	234
e)	La sustitución de las penas privativas de libertad	236
i)	Criterios de concesión.....	236
ii)	Sustitución de la responsabilidad personal subsidiaria. Sustitución del art. 71.2 C.P. La libertad condicional como supuesto de suspensión parcial.....	241
II.3.	Naturaleza jurídica	243
II.4.	Presupuestos	252
a)	Presupuesto subjetivo	253
i)	Concepto de extranjero. “Expulsión de ciudadano extranjero”.....	255
ii)	Expulsión de ciudadanos de la Unión Europea.....	266
b)	Presupuesto temporal	275
c)	La pena	278
i)	Introducción.....	278
ii)	Sustitución íntegra y parcial de la pena.....	281
II.5	LA IMPERATIVIDAD DE LA SUSTITUCIÓN	289
a)	Valoración crítica	289
b)	Aspectos de la reforma de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo	294
c)	Delitos expresamente excluidos de la expulsión sustitutiva	296
d)	Proporcionalidad de la expulsión. Arraigo en España	299
II.6.	PROCEDIMIENTO	304
a)	Competencia. Condenas acumulables	304
b)	Legitimación para instar la medida.....	305
c)	Momento procesal oportuno para solicitar la expulsión sustitutiva. Escrito de acusación. Juicio en ausencia del acusado.....	307
d)	Audiencia al penado.....	311
e)	Resolución judicial: sentencia y auto.....	321
f)	Expulsión sustitutiva en las sentencias de conformidad. Vinculación del Juez.....	324
g)	Motivación de la resolución judicial. Recurso en la sentencia de conformidad.....	325
h)	Pluralidad de causas abiertas y acumulación de condenas.....	327
II.7.	Efectos de la expulsión	329
a)	Salida del extranjero del territorio español. Prohibición de regresar. Materialización de la expulsión.....	329
b)	Materialización de la expulsión. Ingreso en los Centros de Internamiento de Extranjeros.....	333
c)	Archivo de los procedimientos administrativos que tuvieran por objeto residir o trabajar en España.....	338
d)	Incidencia en la petición de indulto.....	340
II.8.	IMPOSIBILIDAD DE LLEVAR A EFECTO LA EXPULSION	341
II.9.	Retorno del extranjero. Consecuencias	345
II.10.	La expulsión como sustitutiva cuando el penado hubiere cumplido el periodo de prisión decretado, acceda al tercer grado penitenciario o a la libertad condicional	348
a)	Introducción.....	348
b)	Requisitos.....	352
c)	Procedimiento.....	353
III.	LA EXPULSIÓN COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PRIVATIVAS DE LIBERTAD. (ART. 108 C.P.)	358
III. 1.	La desaprovechada reforma del art. 108 C.P. por la L.O. 1/2015	358
III.2.	Naturaleza jurídica. Aplicación directa o por sustitución	361
III.3.	Ámbito subjetivo	365
III.4.	Competencia	365
III.5.	Momento en que debe tomarse la decisión	366
III.6.	Efectos	367
III.7	Materialización de la expulsión	368
III.8.	Medida de seguridad en los supuestos de semiimputabilidad	369
IV.	CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN LA EXPULSION DE EXTRANJEROS	370
IV.2	Naturaleza jurídica de la expulsión sustitutiva	375
IV.4	Principio de contradicción: la audiencia al penado	380
IV.5	Principio de proporcionalidad	382

<i>IV.6</i>	<i>Carácter imperativo de la expulsión sustitutiva.....</i>	<i>385</i>
<i>IV.7</i>	<i>Motivación de la resolución.....</i>	<i>389</i>
<i>IV.9</i>	<i>Efecto coercitivo y disuasorio de la norma penal.</i>	<i>392</i>
<i>IV.10</i>	<i>Principio " non bis in idem ". Sanción administrativa y sanción penal.....</i>	<i>394</i>
CONCLUSIONES.....		399
BIBLIOGRAFIA		431

INTRODUCCION: DELIMITACION DEL OBJETO DE ESTUDIO.

La importancia del fenómeno de la inmigración en España y especialmente de la inmigración ilegal en estos últimos años ha supuesto una convulsión social y jurídica, que plantea múltiples cuestiones a nivel de la práctica totalidad de las Administraciones Públicas, cuestiones que deben hacernos reflexionar a todos, y especialmente a los poderes públicos, a fin de que, desde los principios de legalidad e igualdad y de los derechos de los ciudadanos, se consiga una efectiva racionalización e integración de los extranjeros en nuestro país, sin que sus derechos y libertades se vean afectados.

Desde esta perspectiva el objetivo de la presente tesis es el análisis de la expulsión sustitutiva a la pena de prisión prevista para los ciudadanos extranjeros en el art. 89 C.P., pero todo ello desde una perspectiva inminentemente práctica y abordando en dicho estudio las cuestiones problemáticas que surgen y pueden surgir, principalmente en el ámbito de los juzgados y tribunales, a consecuencia de su discutida naturaleza jurídica y de las dudas interpretativas –algunas de alcance constitucional- que esta institución siempre ha suscitado, tanto en el momento de acordar la expulsión, como en el de proceder a su ejecución.

La reciente reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹ -en cuya Disposición Final octava se establece la entrada en vigor de la misma, el día 1 de julio de 2015- no ha venido a despejar dichas dudas, lo que convierte en imprescindible abordar un estudio en profundidad acerca de los principales problemas que la expulsión plantea en la práctica ordinaria de nuestros Tribunales.

A tal efecto será preciso realizar una aproximación a los precedentes históricos y reformas legislativas de dicha figura, principalmente en los diferentes códigos penales, para así situar y analizar la vigente regulación, sin dejar de hacer referencia a la intervención judicial en la expulsión gubernativa, para así encuadrar los diferentes tipos de expulsión, y todo ello en la medida en que la expulsión administrativa interfiere en la expulsión judicial, para pasar posteriormente a analizar la expulsión judicial desde un ámbito estrictamente práctico y forense.

¹ Vigente Código Penal que desde que entró en vigor -24 de mayo de 1996- ha sido objeto de numerosas reformas parciales, hasta 27, por otras tantas Leyes Orgánicas. Así como el artículo 89, que desde el inicio de su vigencia ha pasado por cinco etapas con diferentes versiones.

Al objeto de desarrollar la tarea expresada y responder a los objetivos marcados, se ha considerado adecuado estructurar el presente trabajo de tesis doctoral en los siguientes apartados:

Se inicia el trabajo con un análisis, desde el punto de vista del Derecho Penal codificado, de los diferentes **precedentes históricos** y la **evolución legislativa** de la regulación de la expulsión de los extranjeros del territorio nacional, y ello desde el primer Código Penal de 1822, hasta llegar a la redacción actual del artículo 89 del Código Penal, sin olvidar mencionar la legislación administrativa y penal especial, a fin de poner de manifiesto que la actual regulación no es propia del momento actual, sino que de alguna manera el legislador, ya desde tiempo remotos a previsto el tratamiento jurídico que ha de darse a los extranjeros que cometían delito en territorio español, que generalmente ha consistido en un apartamiento o alejamiento del territorio nacional.

En el segundo capítulo se abordará, aunque no de una forma exhaustiva, sino en tanto en cuanto interfiere en la expulsión judicial, la **expulsión gubernativa** y la intervención que en la misma puede tener el juez. Medida administrativa y gubernativa de expulsión de los extranjeros del territorio nacional, que como veremos no encuentra obstáculos, ni en nuestra Constitución (art. 13 C.E.), ni en los Tratados Internacionales ratificados por España, haciendo una exposición de los diferentes supuestos en que procede: la expulsión gubernativa como medida alternativa a la sanción de multa (art. 57.1 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), la expulsión gubernativa como medida accesoria por la condena de delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a un año (art. 57.2 LEX), así como la expulsión gubernativa con posterioridad al cumplimiento de la pena de prisión impuesta por la comisión de determinados delitos (art. 57.8 LOEX).

Y así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 13), de aplicación a los extranjeros que residan legalmente en el territorio del Estado, simplemente exige la predeterminación en una norma de las condiciones en que puede proceder la expulsión, y la existencia de oportunidad de defensa jurídica del extranjero afectado por la actuación administrativa determinante de la expulsión (STC 242/1994, de 20 de junio).

En el tercer capítulo se procederá al estudio de lo que propiamente constituye el objeto del presente trabajo, la **expulsión judicial**, dividiéndose la exposición a su vez en cinco apartados:

- a) en el primero se estudiara la expulsión del extranjero como forma de enervación de la acción penal (art. 57.7 LOEX);
- b) para adentrarnos seguidamente en lo que constituirá el segundo de los apartados que constituye el objeto central de la presente tesis doctoral, el estudio de la expulsión judicial como sustitución de la pena de prisión, en el que se realizara un análisis comparativo de la reciente versión dada al artículo 89 del Código Penal por la L.O. 1/15, de 30 de marzo, con las diferentes redacciones operadas en el mismo desde su inclusión en el Código Penal de 1995, abordando así el estudio tanto de la **expulsión judicial íntegra**, es decir, como medida sustitutiva de la pena de prisión de más de un año impuesta a un ciudadano extranjero (art. 89.1 C.P.), como la **expulsión parcial**, cuando la pena de prisión a sustituir sea superior a cinco años, su fundamento, naturaleza jurídica, presupuestos, el procedimiento aplicable, sus efectos, la crítica, la oportunidad legislativa o política de la presente redacción.

Todo ello precedido de una breve referencia a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, tal y como resulta de la reciente reforma, en tanto que está modifica de una manera importante el régimen de las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad previsto en el Capítulo III, Título III, Libro I del Código Penal, dando una nueva redacción a los arts. 80 a 87 C.P. (derogando el art. 88 C.P.) , e instaurando un sistema unitario de suspensión integrando las figuras de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad, que determina que tan solo conserve su autonomía, la sustitución de las penas de prisión impuestas a ciudadanos extranjeros por su expulsión del territorio nacional, como se estudiara.

Acabando dicho apartado con el estudio de la expulsión como medida sustitutiva cuando el extranjero hubiera cumplido el periodo de prisión

decretado, hubiera accedido al tercer grado penitenciario o a la libertad condicional.

- c) En el apartado tercero se abordará la expulsión como medida sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad (art. 96.3,2º y 108 C.P.).
- d) Para finalizar este trabajo con el apartado cuarto, donde se mencionará y se hará referencia a los diferentes criterios jurisprudenciales en materia de ejecución de las penas privativas de libertad relativos a la expulsión de extranjeros.

Y todo ello bajo el prisma de la reciente modificación del actual Código Penal llevada a cabo, como se ha mencionado, por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se ha vuelto a reformar el citado art. 89 C.P. con la que, según se indica en su Exposición de Motivos, se intenta combinar la búsqueda de la eficacia, con un escrupuloso respeto por los derechos individuales, todo lo cual será objeto de análisis a fin de determinar si es cierto que se ha conseguido con la reforma lo pretendido por el legislador.

Al acabar el trabajo se efectuara una recapitulación, una valoración general y se expondrán las **conclusiones** y valoraciones críticas y personales obtenidas a consecuencia del estudio y de la reciente reforma.

Y finalmente se incluirá la **bibliografía** utilizada en la elaboración del mismo.

En definitiva, el objeto principal de esta tesis es el estudio exhaustivo de un régimen especial de sustitución de las penas privativas de libertad, cual es la sustitución de dichas penas por la expulsión del territorio español, cuando el autor del delito sea un *ciudadano extranjero*, con independencia de que resida legalmente o no en España, y todo ello según la redacción dada al art. 89 C.P. por la reciente reforma, medida esta que como se verá ha sido objeto de severas críticas, máxime cuando la última de las reformas de dicho precepto y por ende del actual Código Penal, se ha llevado a cabo con el único voto del partido político en el poder, y respecto de la cual toda la oposición y numerosos sectores doctrinales, sociales, agrupaciones de juristas, asociaciones de derechos humanos españoles y extranjeras han expresado, no sin razón, su durísima crítica.

CAPITULO PRIMERO. EVOLUCION LEGISLATIVA

I – INTRODUCCION.

El objetivo que se pretende en este apartado no consiste, en modo alguno, en llevar a cabo un exhaustivo examen de la totalidad de la legislación anterior a la redacción actual del artículo 89 del Código Penal, sino que tan solo se quiere dejar constancia de la existencia a lo largo de la precedente legislación, de instituciones análogas a la expulsión del territorio nacional de los extranjeros que hubieren cometido delito, para introducir al lector en un posterior estudio en profundidad por su parte, si es de su interés.

España se ha convertido, más que nunca, no hay más que echar un vistazo a los diferentes medios de comunicación, en un país receptor de inmigrantes, tanto legal como clandestinamente, por eso el tema de extranjería afecta cada día con mayor complejidad, no sólo al orden jurídico penal, sino también al aspecto social, laboral, político..., y así, la expulsión de extranjeros se configura como una medida a adoptar frente al creciente número de extranjeros en los centros penitenciarios y a la específica problemática que plantean, en cuanto que son los reclusos que tienen mayores problemas de adaptación y sobre los que es más difícil verificar una labor de reinserción y socialización, y ello aunque dicha medida puede chocar con otros derechos fundamentales, como es el derecho a la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado y el consiguiente derecho a residir dentro de ellas, y con bienes jurídicos protegidos a la hora de su aplicación, como el interés general del Estado en la persecución y castigo de los delitos, y el justo reconocimiento de los derechos de los inmigrantes en España, sin que pueda olvidarse el fracaso y dificultad que en la práctica se plantea al hacer efectiva dicha expulsión penal por la autoridad gubernativa.

Pero el legislador quiere ante todo que los inmigrantes, e incluso los nacionales - como se vera en determinadas épocas históricas- que cometan delitos sean apartados de un determinado territorio o expulsados del territorio nacional y ello porque quizás por la propia naturaleza de esta figura, de reacción defensiva del cuerpo social contra elementos que la dañan gravemente o intensamente le perturban, ya tenía en un principio en el campo penal una amplitud extraordinaria, pues podía comprender a cualquier persona, con independencia de su origen, naturaleza o condición, fuera nacional o no, hasta que fue a partir de Edad Moderna y sobre todo de la época codificadora, cuando la expulsión quedó reservada sólo para el extranjero, por lo que

para los nacionales en la actualidad no hay, en principio ninguna medida de expulsión, por lo que deberá el Estado arbitrar otro sistema de defensa ante el nacional delincuente.

II - ANTECEDENTES EN LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA Y PENAL.

En el presente apartado haremos tan solo una breve referencia a los antecedentes de la figura de la expulsión de los extranjeros del territorio nacional en el ámbito administrativo y en la legislación penal especial, centrandó más la exposición en el Derecho penal codificado, haciendo mención a como cada uno de los diferentes códigos penales españoles ha ido recogiendo y regulando la expulsión, y ello a fin de una mayor comprensión del vigente artículo 89, objeto de somero estudio en la presente tesis.

La expulsión de los extranjeros del territorio nacional como medida política se ha practicado desde los tiempos más remotos, encauzándose la evolución hacia la limitación en principio a la expulsión del territorio nacional a los extranjeros –con exclusión de los nacionales, salvo conservación de la pena de extrañamiento- y hacia la sumisión al Derecho de la facultad de expulsar a los extranjeros ².

Y así, en primer lugar y en cuanto a la **expulsión gubernativa o administrativa**, con la L.O. 7/85 de 1 de julio, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que derogó las anteriores leyes de 118/1969 de 30 de diciembre y a la Ley 58/1980 de 15 de noviembre y con el Reglamento de ejecución de la citada Ley, aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, se vino a dar respuesta a la necesidad que existía en nuestro ordenamiento jurídico de establecer una norma que con pretensión de generalidad recogiera, formulara y sintetizara los principios que debían informar la situación de los extranjeros en España, con la finalidad de evitar la proliferación de disposiciones de distinto rango que hasta entonces venían regulando dicha materia, tal y como se exponía en la Exposición de Motivos de la citada ley.

La normativa actualmente vigente en esta materia viene contenida en el Título III de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros

² BUENO ARUS, F. “Expulsión de Extranjeros”. En Comentarios a la legislación penal, Tomo VIII Vol. 2º:” El extranjero y la legislación penal española”. Editorial revista de derecho privado. Madrid-1988.

en España y su integración social³ también conocida, como su precedente la L.O. 7/85, como Ley de “Extranjería” a la cual derogó expresamente, Título III cuyo enunciado es el siguiente: “*De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*” y que comprende los artículos 50 a 66.

También se regula dicha materia en el Reglamento de desarrollo de dicha Ley Orgánica, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril⁴ -que viene a sustituir y derogar al Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre⁵- en concreto en el Título XIV bajo el epígrafe “*Infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*”⁶.

³ Reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre y por su Reglamento de ejecución, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, y a su vez reformada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, por la Ley Orgánica de 10/2011, de 27 de julio, por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, por la Sentencia 17/2013 del Pleno de Tribunal Constitucional de 31 de enero de 2013 y por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

El Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, aprobó el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 diciembre. El cual fue derogado por el Real Decreto 2393/04 de 30 de diciembre, que aprobó un nuevo Reglamento de ejecución. El cual fue derogado por el Reglamento Real Decreto 557/11, de 20 de abril, a excepción de la normativa que regulaba el ingreso en los centros de internamiento de los extranjeros.

El Real Decreto 557/11, ha sido reformado por el Real Decreto 844/13, de 31 de octubre, y por el Real Decreto 162/14, de 14 de marzo, que aprueba el Reglamento de funcionamiento del régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros y con ello deroga en concreto el art. 258 del R.D. 2393/04 y este en su totalidad.

⁴ Modificado por el Real Decreto 844/2013, de 31 de octubre, y recientemente por el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de centros de internamiento de extranjeros (derogando con ello en su totalidad el artículo 258 del Reglamento de Extranjería) .

⁵ Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, derogado excepto las previsiones relativas al régimen de internamiento de los extranjeros, que permanecerán vigentes hasta la fecha de entrada en vigor del Reglamento previsto en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2009, conforme establece la disposición derogatoria única del R.D. 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el vigente Reglamento de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por L.O. 2/2009 («B.O.E.» 30 abril). Téngase en cuenta que ha sido publicado el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros («B.O.E. 15 marzo 2014), con lo que el presente Real Decreto debe entenderse derogado en su totalidad.

⁶ Establece el art. 216.1 “El ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas previstas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se ajustará a lo dispuesto en ella y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), indicando el apartado cuarto que , en todo aquello no previsto en este Reglamento será de aplicación supletoria el procedimiento regulado en el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto”.

Así como por las referencias que en la citada Ley Orgánica se contienen:

- en la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana,
- en el Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre,
- en la anterior Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social - vigente hasta el 1 de enero de 2001 en que entró en vigor el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE. núm. 189, de 08 de agosto de 2000)-,
- en el convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985⁷
- en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en concreto el Título IX que regula la potestad sancionadora de la Administración), y
- en el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto.

En segundo lugar, respecto a los antecedentes en la **legislación penal especial**, hemos de indicar que en España aparece la expulsión del extranjero como pena por primera vez en el Código Penal de 1822, como se tendrá ocasión de estudiar, y como medida de seguridad en el Código de 1928, pero hay que señalar que hasta la aparición de dicha medida en el Código Penal, únicamente se permitía la misma por la autoridad gubernativa, siendo configurada esta medida como una materia de orden público y de índole administrativa, cuya finalidad era la defensa de los nacionales de los extranjeros,

⁷ ACUERDO DE ADHESIÓN DEL REINO DE ESPAÑA al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990

a quienes se les negaban los derechos que se reconocían a los nacionales, y así el origen de la expulsión de extranjeros se encontraba regulado por las leyes penales especiales y por Decretos, algunos de los cuales pasamos simplemente a citar, sin ánimo de ser exhaustivos. Dicha medida fue recogida, entre otros:

- en el Real Decreto del Ministerio de la Gobernación de 28 de abril de 1852;
- en el Decreto de extranjería de 17 de noviembre de 1852, donde se señalaba en su artículo 13 que el extranjero contraventor de las disposiciones que establecía que se introdujese en España sin presentar el pasaporte podía ser castigado, además de con una multa, con la expulsión del territorio español, si el Gobierno así lo determinaba a la vista de lo que la autoridad civil informara al Ministerio de la Gobernación ⁸. La expulsión se contemplaba en el citado Decreto como una medida sancionadora aplicable a los extranjeros indocumentados, a los vagos y a los que huían de la justicia ⁹.
- en las Reales Ordenes de 14 de enero de 1853, 12 y 26 de junio de 1858, que permitían a la autoridad gubernativa expulsar al extranjero, si resultaba que era un vago o venía con objeto de mendigar;
- en la Ley de asilo territorial de 4 de diciembre de 1855;
- en la Ley de orden público de 28 de julio de 1933, que autorizaba la expulsión del territorio español, previa declaración de indeseables, de los extranjeros no establecidos, cuando no hubieren cumplido los requisitos que para permanecer en el país se señalaban en las leyes de policía.¹⁰
- en la Ley de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933, donde se preveía la expulsión del extranjero “peligroso”, como medida de seguridad basada en la ideología de la defensa social.
- en el Decreto de 4 de octubre de 1935 (Decreto de la República), por el que se disponía que a los extranjeros a quienes se había otorgado autorización de

⁸ JARAMILLO GARCIA, A. “Novísimo Código Penal. Comentado y cotejado con el de 1870”. Volumen I, libro I. Imp. De Silvestre Ferreira. Salamanca 1928.

⁹ MONCLUS MASO, M. “La expulsión del extranjero como pena encubierta”. Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, nº 94, 1 de agosto de 2001

¹⁰ MONCLUS MASO, M. Ob. Cit.

residencia, si se dedicaban sin manifestarlo previamente, a actividades diferentes de las que expresaron a la autoridad que les concedió el permiso para residir, se les podía requerir para que abandonaran el territorio nacional.

- en la Ley de responsabilidades políticas de 9 de febrero de 1939;
- en la Ley de 30 de julio de 1959;
- en la Ley 16/1970 de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social, el reglamento de su desarrollo aprobado por Decreto 1144/1971 de 13 de mayo;
- y en el Decreto 522/1974, de 14 de febrero,

Normativa toda esta que fue sustituida en el régimen democrático por la L.O. 7/1985 de 1 de julio de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

Así mismo se recogía en Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Expulsión y de Sitio, y posteriormente en la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y en la Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

III ANTECEDENTES EN EL DERECHO PENAL CODIFICADO.

III.1. Introducción.

El Derecho penal codificado nace en España, al igual que en el resto de Europa, a finales del siglo XVIII y principios del XIX, bajo las ideas de la Ilustración.

La idea jurídica de la existencia de códigos es burguesa y liberalista. El primer Código Penal que recogió los ideales de la Ilustración fue el Código Penal francés de la época napoleónica de 1791, conocido como el código penal napoleónico, al concluir que los códigos favorecían los intercambios comerciales y la seguridad jurídica, y así ha raíz de código penal se permitiría que los ciudadanos tuvieran un conocimiento de los delitos y no fueran enjuiciados y condenados por actos delictivos que podían desconocer, extendiéndose posteriormente la codificación penal por toda Europa, y especialmente por los territorios en los que esta tenía influencia.

El Derecho penal del Antiguo Régimen era fragmentario, cruel y poco definido. En España seguían en vigor la Novísima Recopilación, los Fueros y Las Partidas, pero en la práctica los Tribunales solían hacer gala de arbitrariedad, dejando de ceñirse a los textos escritos.

Tras el fracaso de las primeras iniciativas debido a la reacción frente a la Revolución francesa la situación cambia radicalmente con la Constitución de Cádiz de 1812, que establece la personalidad de las penas, proscribía el tormento, la pena de horca, la de confiscación y la de azotes, y dispone que los Códigos civil, criminal y de comercio fueran unos en todo el Reino. El regreso de Fernando VII supuso la derogación de la nueva normativa, pero el mismo Monarca ordenó la formación de un Código Criminal. Así, nació el primer código que se aprobó en España, el código penal de 1822¹¹.

III.2. El Código Penal de 1822.

El Código Penal de 1822 fue el primer código que se aprobó en España. Promulgado el 9 de julio de 1822, ante la necesidad proclamada por la Constitución de 1812 de un código penal que había de superar la legislación penal del Antiguo Régimen. Tuvo una vigencia muy breve, pues decretado el inicio de su vigencia para el 1 de enero de 1823, la vuelta al absolutismo ese mismo año determinó que Fernando VII lo anulara el 1 de octubre de 1823¹², determinando la reacción política de 1823 la caída del régimen constitucional, y la derogación de todas las disposiciones emanadas de las Cortes, desde marzo de 1820 hasta principios de octubre de 1823, y por consiguiente de este código, llegando a decirse que nunca tuvo vigencia, por lo que se de ser cierto, la Novísima Recopilación y la arbitrariedad de los Tribunales estarían en práctica hasta la

¹¹ CUELLO CALON, E. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimotava edición. Bosch. Barcelona 1980. “el proyecto fue presentado en abril de 1821 que después de amplia discusión fue sancionado el primer Código criminal de España el 9 de julio de 1822”

¹² TOMAS Y VALIENTE, F. Manual de Historia del Derecho español. 4º edición Tecnos Madrid 1983. Pág. 497. “quienes han estudiado en nuestros día el Código de 1822 han dudado acerca de si llegó a estar vigente antes de la nueva restauración absolutista realizada por Fernando VII en 1823”.

entrada en vigor del Código Penal de 1848¹³, por lo que –según dijo Antón Oneca– su vigencia fue “breve, imperfecta y desigual”¹⁴

En principio, se observa que el Código Penal de 1822 no distingue entre español o extranjero en su aplicación como se desprende del artículo 10 del citado texto legal, al establecer que *“Todo español ó extranjero que dentro del territorio de las Españas cometa algún delito ó culpa, será castigado sin distinción alguna con arreglo á este Código,..., salvas las excepciones estipuladas en los tratados existentes con otras potencias”*, sin embargo si continuamos examinando el texto, en determinados delitos se ve que la pena a imponer no era la misma para un nacional que para un extranjero, pues a este último además de la pena impuesta, se le castigaba con la pena de expulsión, utilizándose el vocablo “espeler”, propio del castellano antiguo de la época.

Y así, el artículo 214 establece que *“el extranjero que hallándose en territorio español incurriere en alguno de los delitos expresados en los artículos 210 y 212, perderá también todos los empleos, sueldos y honores que obtenga en el reino, sufrirá una prisión de uno a tres años, y después será expelido para siempre de España”*, castigando el artículo 786 al español con la pena de cuatro meses a un año de reclusión, y si fuera extranjero el castigo a imponer era el de ser expelido del territorio español, al establecer que *“cualquiera que no estando vecinado anduviere vagando de pueblo en pueblo vendiendo mercancías o ejerciendo algún arte u oficio, será castigado con la pérdida de las mercancías que llevare consigo y de los instrumentos del arte u oficio que ejerciere, y además si fuere extranjero será expelido del territorio español; y si fuera español sufrirá de cuatro meses a un año de reclusión”*.

Igualmente distingue el artículo 229 al extranjero católico del extranjero que pertenecía a otra religión cuando de palabra o por escrito enseñaba o propagaba públicamente doctrinas o máximas contrarias a alguno de los dogmas de la religión católica romana, y persistía en ellas después de declaradas tales con arreglo a la ley y por la autoridad eclesiástica competente, se le castigaba con la pena de uno a tres años de reclusión, quedando sujeto por otro año más a la vigilancia especial de la autoridad. Y si fuera extranjero no católico el que cometía este delito, se le imponía una reclusión

¹³ CUELLO CALON, E. Ob.Cit.

¹⁴ “Historia del Código Penal de 1822”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales. 1965.

o prisión de cuatro a diez años y ocho meses, y después era expulsado para siempre de España.

Mostrándose incluso la literatura jurídica de la época partidaria de la aplicación de la pena de expulsión, no sólo a los extranjeros, sino también a los propios nacionales, bajo la idea de que la comisión de determinados delitos no convertía a su autor en todas las partes en una persona perjudicial.¹⁵

Junto a esta pena de expulsión o de destierro o extrañamiento perpetuo del territorio nacional recoge el Código de 1822, en su artículo 28, las penas de deportación, la de confinamiento en un pueblo o distrito determinado y la de destierro perpetuo o temporal de un pueblo o distrito determinado, como penas corporales y restrictivas de la libertad ambulatoria del sujeto.

Y así establece en su artículo 50 la pena de deportación, la cual consistía en la reclusión del delincuente en una isla o una posesión lejana dentro del territorio español a perpetuidad, desconociéndose su destino, la cual iba generalmente unida a la pena de trabajos forzados, preceptuando que *“El reo condenado a deportación será conducido a una isla o posesión remota, de donde no pueda fugarse, y permanecerá en ella para siempre. El deportado será destinado en su deportación a los trabajos u ocupaciones que su jefe disponga, conforme a los reglamentos respectivos; pero podrá en los casos y términos de los artículos 144, 146, 147, 148 y 149 obtener en la isla o posesión algunos o todos los derechos civiles, y los empleos y cargos que el Gobierno quiera conferirle”*.

Distinguiendo el artículo 52 diferentes consecuencias para el caso de quebrantamiento de esta pena, si el penado tan solo regresaba al estado español o si además de regresar cometía un nuevo delito y así, establecía que : *“El que sea condenado á destierro perpetuo ó extrañamiento del territorio español, será conducido hasta ponerle fuera de él. Si después se le aprehendiere en España, será deportado, sin más que reconocerse la identidad de la persona. Si después de haber quebrantado el destierro cometiere en España otro delito que merezca pena corporal menor de doce años de obras públicas, y que no constituya reincidencia, será deportado con la circunstancia de que no pueda obtener en su caso la gracia del artículo 144, sino después de estar en la deportación los diez años que señala dicho artículo, y otro tanto tiempo más cuanto sea el de la pena del nuevo delito; pero si este mereciere más de*

¹⁵ SAINZ GUERRA, J. La evolución del derecho penal en España. Universidad de Jaén 1ª Edición. Marzo 2004.

doce años de obras públicas, y menos de trabajos perpetuos, será castigado con esta última pena; y si mereciere trabajos perpetuos, se impondrá al reo la de muerte, observándose en caso de reincidencia lo dispuesto en el capítulo quinto de este título”¹⁶.

Así mismo establecía la pena de confinamiento, consistente en obligar al condenado durante el tiempo de la condena a permanecer en un determinado pueblo o ciudad, sin poder salir de él sin permiso del Gobierno (artículo 72).

Por otro lado el artículo 73 configuraba otra pena restrictiva de la libertad ambulatoria, que se aplicaba sólo a los extranjeros, la pena de destierro perpetuo o temporal de un pueblo o distrito determinado, estableciendo que “*“el reo condenado a destierro perpetuo o temporal de un pueblo o distrito determinado, será conducido fuera de él. Si volviere a entrar en el distrito prohibido antes de cumplir el tiempo de su condena, se le impondrá una reclusión de seis meses a dos años, la cual se podrá aumentar hasta un año más, si no diere el reo fianza de su buena conducta. Si dentro del recinto que le esté prohibido cometiere otro delito que no sea de reincidencia, se le impondrá además el máximo de la pena señalada al nuevo delito, la cual se podrá aumentar hasta una “sesta” parte más, y en todo caso cumplirá después su destierro; pero si hubiere reincidencia se observará lo prescrito en el capítulo quinto de este Título”¹⁷*

Como se ve, la pena de expulsión o extrañamiento, término utilizado en la época, no era diferente de la pena de deportación en este código penal.

III.3. El Código penal de 1848. La edición reformada de 1850.

Con la nueva reacción absolutista se restablece el Derecho Penal del Antiguo Régimen, que sólo desaparece definitivamente cuando, después de algunos Proyectos fallidos¹⁸, la Comisión General de Códigos redacta el Proyecto que acaba convertido en

¹⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y Otros. Códigos penales españoles. Recopilación y concordancia. Editorial AKAL S.A. 1988.

¹⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo Y Otros. Ob. Cit.

¹⁸ Proyecto de 7 de mayo de 1830, Proyecto de 25 de mayo de 1831 y finalmente el Proyecto de 1834.

el Código Penal de 1848, sancionado por la reina Isabel II, por Decreto Ley de fecha 19 de marzo de 1848 ¹⁹ y que entró en vigor el 1 de julio de 1848.

Se trata de un texto liberal, por cuanto acaba con el arbitrio judicial y defiende los derechos individuales y a su vez moderado o autoritario, por su excesiva dureza en castigar determinados delitos, como por ejemplo los delitos contra la religión católica o el Estado.

Este código es considerado como el modelo punitivo sobre el cual se han asentado los Códigos posteriores, no habiendo faltado quien ha afirmado que en España, y hasta el Código vigente, sólo existieron el Código de 1822, con su escasa aplicación, y el de 1848 con sus sucesivas versiones, encontrando aun en el vigente Código de 1995 claras aportaciones que en su momento fueron hechas por aquél, siendo dicho texto la base del actual Código penal ²⁰.

El artículo 24 de este Código Penal recoge como penas aflictivas: la relegación perpetua o temporal, el extrañamiento perpetuo o temporal y el confinamiento mayor y menor; y como pena correccional, la pena de destierro.

Respecto a la pena de relegación, establecía el artículo 102 que *“Las penas de relegación perpetua y temporal se cumplirán en Ultramar en los puntos para ello destinados por el Gobierno. Los relegados podrán dedicarse libremente, bajo la vigilancia de la autoridad, a su profesión u oficio de radio a que se extiendan los límites del establecimiento penal”*.

Esta pena es a la que el Código Penal de 1822 denominó deportación, consistente en permanecer el condenado en un punto destinado al efecto por el Gobierno, siendo la penalidad de este castigo el vivir lejos de la patria, sin poder volver a ella mientras dure la misma.

Por su lado la pena de extrañamiento, perpetuo o temporal, consistía en expulsar al penado del territorio español, para siempre o por cierto tiempo, según lo establecido en la sentencia, y así establecía el artículo 103, similar en su redacción al ya transcrito artículo 52 del Código Penal de 1822, en el que tampoco distinguía entre nacional o

¹⁹ FRANCISCO PACHECO, J. El Código Penal Concordado y Comentado .Editorial EDISOFER SL MADRID 2000.

²⁰ FRANCISCO PACHECO, J. Ob. Cit.

extranjero, que *“El sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español para siempre, si fuere perpetuo; y si fuere temporal, por el tiempo de la condena”*, aplicándose esta pena, entre otros delitos, al español que apostataba públicamente de la religión católica, apostólica y romana (artículo 136), coincidiendo este precepto con el 233 del Código Penal de 1822 ²¹.

El artículo 107 establecía en cuanto a la pena de confinamiento, que *“Los sentenciados a confinamiento mayor serán conducidos a un pueblo o distrito situado en las islas Baleares o Canarias, o a un punto aislado de la Península, en el cual permanecerán, en plena libertad, bajo la vigilancia de la autoridad”*, mientras que *“el sentenciado a confinamiento menor residirá precisamente en el punto que se le señala en la condena, del cual no podrá salir durante ésta sin permiso del Gobierno por justa causa. El lugar del confinamiento distará al menos diez leguas del en que se hubiere cometido el delito, y de el de la anterior residencia del sentenciado. El confinado estará objeto a la vigilancia de la autoridad”* ²².

La pena de destierro venía recogida en el artículo 109, indicándose que *““El sentenciado a destierro quedará privado de entrar en el punto o puntos que se designen en la sentencia y el radio que en la misma se señale, el cual comprenderá una distancia de cinco leguas al menos, y quince a los más, del punto designado”*.

Indicando el artículo 24 las penas en que incurrían los que quebrantaban las sentencias; entre ellas, el extrañado perpetuamente del reino que quebrantaba la sentencia era condenado a reclusión perpetua, la cual cumpliría en el mismo punto de la relegación. Y los sentenciados a extrañamiento o relegación temporal eran condenados a prisión correccional, y cumplida ésta, extinguiría la anterior. Los sentenciados a confinamiento mayor o menor eran condenados a prisión correccional, imponiéndoseles a los primeros del grado medio al máximo, y a los segundos del mínimo al medio, y cumplidas estas condenas, extinguirían la de confinamiento. El desterrado era condenado a confinamiento por el tiempo de destierro.

La edición reformada de 1850.

El artículo 3 de la citada Ley de 19 de marzo de 1848 –que autorizaba al Gobierno para publicar el Código de 1948- establecía la posibilidad de que se introdujera

²¹ FRANCISCO PACHECO, J. Ob. y loc. cit.

²² FRANCISCO PACHECO, J. Ob. y loc. cit.

cualquier reforma, si fuera urgente, dando de ello cuenta a las Cortes tan pronto fuera posible, y en base a ello el Código Penal de 1848 fue objeto de varias reformas, siendo la más importante la introducida por el Decreto de 30 de junio de 1850, por el se publicó una edición oficial reformada del Código de 1848, que fundamentalmente supuso un mayor endurecimiento de las penas para determinados delitos ²³.

III.4. El Código Penal de 1870.

El Código Penal de 1870 pretendió adaptar el Código de 1850 a las exigencias de la Constitución de 1869, surgida de la revolución liberal de 1868, y aunque se tramitó con carácter de urgencia y entró en vigor de forma provisional, mientras las Cortes elaboraban un texto definitivo, tuvo en realidad una larga vigencia que, salvo el intervalo del Código de 1928, se prolongó hasta el Código de 1932, por lo que estuvo vigente unos cincuenta y ocho años, esto es, desde el verano de 1870 hasta finales de 1932 ²⁴.

De inspiración política liberal, clasificó en el artículo 26 las penas de extrañamiento perpetuo y temporal y la pena de confinamiento, como penas aflictivas y la pena de destierro, como pena correccional, al igual que lo había hecho el Código Penal de 1848.

La pena de expulsión era recogida en el artículo 112, en el que se indicaba que “*El sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español para siempre, si fuese perpetuo; y si fuese temporal, por el tiempo de la condena*”.

Este artículo concuerda con el artículo 52 que establecía que “*el que sea destinado a destierro perpetuo o extrañamiento del territorio español, será conducido hasta ponerle fuera de él*”.

Siendo similar al artículo 103 del Código Penal de 1848 y al artículo 52 del Código Penal de 1822, y como se vera idéntico al artículo 86 del código Penal de 1973, en que se decía que “*El sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español por el tiempo de la condena*”.

²³ FRANCISCO PACHECO, J. Ob. y loc. cit.

²⁴ TOMAS Y VALIENTE, F. Ob. y loc. cit.

Pudiéndose observar como este precepto no distingue entre el nacional o el extranjero, por lo que podía entenderse que la condena podía ser aplicada a ambos, sin distinción alguna.

Además de las penas citadas se contemplaba también la pena de relegación, y así el relegado debía ser conducido a Ultramar, y allí, en el punto designado por el Gobierno, dentro del radio del establecimiento penal y bajo la vigilancia de la autoridad, vivir en toda la plenitud de sus derechos naturales.

Entre la pena de relegación y la de confinamiento había grandes analogías, pues ambas penas consistían en la traslación del culpable a un punto fuera de la Península.

La pena de destierro, en este Código, análoga a la del confinamiento, también tenía como característica determinante el apartamiento del reo del lugar del delito o de su domicilio, pero el mal que llevaba en si era, sin embargo, mucho menor que el del confinamiento, pues para el desterrado sólo había una prohibición, la de entrar en el punto designado en la sentencia ²⁵.

III.5. El Código Penal de 1928.

La aprobación el 30 de junio de 1876 de una nueva Constitución hace que en los próximos años se den una serie de proyectos, anteproyectos y propuestas particulares para la reforma del Código Penal, con el objeto de adecuar este a la referida Constitución ²⁶.

Pero fue, tras el golpe de Estado de 13 de septiembre de 1923 cuando se inicia en materia penal una intensa actividad legislativa que, utilizando la vía del Real Decreto, continuará hasta la promulgación del Código Penal de 1928, que fue aprobado por Real Decreto-Ley de 8 de septiembre de 1928 y entró en vigor el 1 de enero de 1929.

²⁵ GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A. El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado. Tomo II. TIMOTEO Arnaiz. Burgos 1872.

²⁶ *Siendo los más representativos los tres que se presentaron a las Cortes, el proyecto de Álvarez Bugallal, el presentado por Alonso Martínez y el llamado Proyecto Silvela.* CUERDA ARNAU, M.L. Atenuación y Remisión de la pena en los delitos de terrorismo. Ministerio de Justicia e Interior. Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid 1995.

Promulgado bajo la dictadura de Primo de Rivera, fue apartándose de la línea clásica y liberal, e incorporó el principio de defensa social, lo que se tradujo en la introducción del "dualismo", que situaba junto a las penas, las medidas de seguridad.

Este código fue criticado desde sus inicios por el rigor en el castigo al reo y la frecuencia con que se imponía la pena de muerte, llegándose inclusive a relacionar al mismo con la ideología fascista, elevándose numerosas protestas, que culminaron con el acuerdo del Colegio de Abogados de Madrid de 12 de abril de 1930 solicitando de los poderes públicos la desaparición del nuevo Código y el restablecimiento del de 1870. No obstante ello, el Código penal de 1928 estuvo vigente hasta la llegada de la II República ²⁷.

Este Código introdujo por primera vez en nuestra legislación las medidas de seguridad, que restringían la libertad del delincuente en función de su peligrosidad social y que atendiendo a su carácter, unas estaban encaminadas a defender a la sociedad, otras a evitar futuras infracciones y otras a reformar al delincuente.

Dejando de lado la calificación de las penas que hacían los códigos penales de 1822 y 1848, en correccionales o aflictivas, clasificaba las penas según su duración y gravedad, y así dentro de los delitos y penas graves, se recogían las penas de deportación, confinamiento y destierro de más de seis años de duración y dentro de las penas menos graves se contemplaba de deportación, el confinamiento y el destierro de una duración de hasta seis años.

Este texto utilizó el término “*habitante*” en su artículo 10, para indicar que las penas establecidas en su texto eran de igual aplicación a nacionales que a extranjeros, al decir “*Las leyes penales, así como las de policía y las de Seguridad Pública, obligan a todos los que habiten en territorio español*”, distinguiendo, con toda claridad entre españoles y extranjeros que cometían infracción criminal en el territorio español, a fin de proclamar su igualdad ante la ley, y así el artículo 18 establecía que “*Las leyes penales españolas se aplicarán sin distinción de nacionalidad a todos los individuos que ejecutaren un hecho punible en territorio español...*”.

Como hemos señalado, en España la expulsión del territorio nacional de extranjeros figura como pena por primera vez en el Código Penal de 1822, con la utilización del verbo “espeler”, y como medida de seguridad en este Código de 1928, en concreto en el

²⁷ TOMAS Y VALIENTE, F. Ob. Cit.

artículo 90.4º, donde se recogía dentro del catálogo de medidas de seguridad, la expulsión de extranjeros, una vez hubieran extinguido la condena, indicando el artículo 86.2 que no se reputara pena, la expulsión del extranjero, sino medida de seguridad.

Pues bien, el artículo 90.4º del Código Penal de 1928 contemplaba la expulsión como una medida de seguridad, complementaria a la pena impuesta al extranjero a consecuencia de la comisión de un delito o falta, a diferencia de los anteriores códigos que la recogían como una pena por haber cometido unos determinados delitos, recuérdese el artículo 214 del Código Penal de 1822, el artículo 103 de los códigos de 1848 y su reforma de 1850, o el artículo 112 del código de 1870 ²⁸.

Medida de seguridad que no era de aplicación obligatoria por los Tribunales, sino discrecional, al utilizar dicho precepto el verbo “podrán”, y establecer el citado artículo 90 que “ *las medidas de seguridad que, como consecuencia de los delito o faltas, o como complemento de pena, podrán acordarse con arreglo a este Código, son las siguientes: 4ª la expulsión de extranjeros*”.

El artículo 91 del Código de 1928, exigía a los Tribunales, de forma imperativa, que además de la pena correspondiente al delito o falta cometido, acordaran en sus sentencias ciertas condiciones, como podía ser la expulsión del extranjero del territorio español; igualmente el artículo 99 establecía que “ *los Tribunales en sus sentencias decretarán la expulsión del extranjero del territorio nacional, además de imponerles la pena correspondiente, en los mismos casos en que, si el delincuente fuese español, habrán de exigirle caución; y podrán asimismo acordarla en los demás casos que estimen oportuno*”.

Añadiendo el artículo 130, en relación a la extensión y efectos de las medidas de seguridad, que “*la expulsión de extranjeros decretada por los Tribunales como medida de seguridad, será comunicada a las Autoridades gubernativas del lugar en que el reo*

²⁸ Artículo 214 del código penal de 1822: “el extranjero que hallándose en territorio español incurriere en alguno de los delitos expresados en los artículos 210 y 212, perderá también todo los empleos, sueldos y honores que obtenga en el reino, sufrirá una prisión de uno a tres años, y después será expelido para siempre de España”.

Artículo 103 del Código Penal de 1848 y su reforma en el año 1850: que “El sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español para siempre, si fuere perpetuo; y si fuere temporal, por el tiempo de la condena”.

Artículo 112 del Código Penal de 1870: “El sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español para siempre, si fuese perpetuo; y si fuese temporal, por el tiempo de la condena”.

deje extinguida la condena que le haya sido impuesta, o del en que residiere, para que se lleve a efecto en el plazo que el Tribunal haya fijado para ello”, de donde se desprende que el Tribunal fija el país donde es destinado el reo objeto de la expulsión y el plazo en el que ha de llevarse a efecto la misma.

El procedimiento para la expulsión del extranjero era el siguiente: una vez firme la sentencia en que se acordaba la misma, se deducirá testimonio del particular pertinente por el Secretario del Tribunal ejecutor de la resolución, y juntamente con el correspondiente oficio, se remitirá al Gobernador de la Provincia o al Director General de Seguridad, según se haya cumplido la pena en provincias o en Madrid, respectivamente. La autoridad gubernativa deberá acusar el oportuno recibo y dar cuenta del cumplimiento de la ejecutoria, cuyo oficio y todos los dimanantes del mismo asunto, se unirán a las diligencias de su razón. El reo acompañará la policía gubernativa hasta la frontera que se designe y desde este momento quedara cumplida la disposición judicial, esto es, el extrañamiento de los no nacionales²⁹.

En cuanto al quebrantamiento, disponía el artículo 506 que *“El extranjero, cuya expulsión hubiere sido decretada con carácter de medida de seguridad, que fue de nuevo hallado en el Reino, será castigado con prisión de dos meses y un día a seis meses y multa de 1.000 a 5.000 pesetas*”, sin que se indicara nada respecto a qué sucedía con el reo después de cumplir esta pena de privación de libertad y de abonar la multa por quebrantar la medida de seguridad, no determinando este precepto si procedía o no la devolución o retorno del extranjero expulsado.

Se recogían también en este texto, en el artículo 87, las penas de deportación, confinamiento y destierro, como en los Códigos anteriores, clasificándose como penas graves o menos graves, según su duración fuera o no superior a los seis años, observándose no obstante la desaparición de la pena de extrañamiento.

Y así, el condenado a la pena de deportación era conducido a las posesiones españolas del África Occidental o lugares que el Gobierno designara fuera del territorio de la Península e islas adyacentes, donde debía permanecer en libertad, bajo la vigilancia de la autoridad, dedicándose al trabajo, con sujeción al régimen que los reglamentos establecieran (artículo 175).

²⁹ JARAMILLO GARCIA, A. Ob.Cit.

Los condenados a la pena de confinamiento eran conducidos a un punto o localidad de la Península, Islas Baleares, Canarias Norte de África... (artículo 176), y los sentenciados a la pena de destierro quedaban privados de entrar y residir en el lugar en que hubieran cometido el delito ³⁰.

Proclamada la Segunda República, el Gobierno provisional derogó inmediatamente el Código Penal de 1928, con lo que se volvió al Código de 1870, por Decreto de 15 de abril de 1931, y tomando a éste como punto de partida, se elaboró seguidamente el Código de 1932.

III.6. El Código Penal de 1932.

Tras la proclamación de la República, el 14 de abril de 1931, por Decreto de 15 de abril del citado año, se declara anulado y sin valor ni efecto el Código Penal de 1928, restableciéndose el Código Penal de 1870, hasta que el 5 de noviembre de 1932 fue publicado el nuevo texto, que entró en vigor el 1 de diciembre del mismo año, manifestándose su orientación humanitaria en la supresión de la pena de muerte (aunque fue posteriormente reintroducida por una ley especial de 11 de octubre de 1934, para los delitos de terrorismo y robo) y los castigos perpetuos, en la disminución del número de agravantes y en instituciones como la condena condicional y la libertad condicional ³¹.

Puede decirse, citando a Eugenio Cuello Calón, que en realidad este cuerpo legal, salvando las modificaciones introducidas, era el mismo de 1870, con su mismo contenido, idéntico plan, el mismo espíritu y las mismas ideas directrices ³².

Complemento del nuevo Código fue la Ley de Vagos y Maleantes (que entró en vigor el 4 de agosto de 1933) que preveía para determinados estados peligrosos medidas de seguridad tanto postdelictuales como predelictuales y así se dio un dualismo: las penas recogidas en el código penal y las medidas de seguridad establecidas en la citada ley, no reconociéndose ya en este nuevo código la expulsión del extranjero como medida de seguridad, como lo hacía el código penal de 1928, sino como pena.

Desapareció la pena de deportación y se mantuvieron las penas de extrañamiento, confinamiento y destierro como penas graves en la escala general en el artículo 27.

³⁰ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. RODRIGUEZ RAMOS, L. y OTROS. Ob. Cit.

³¹ TOMAS Y VALIENTE, F. Ob.Cit.

³² CUELLO CALON, E. Ob. Cit.

La pena de extrañamiento la establecía el artículo 89 indicando, que “*El sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español por el tiempo de la condena*”, pero sin determinar la nacionalidad del sentenciado.

El artículo 90 establecía que “*Los sentenciados a confinamiento serán conducidos a un pueblo o distrito situado en la península o en las islas Baleares o Canarias...*”.

El artículo 91 preceptuaba que “*el sentenciado a destierro quedará privado de entrar en el punto o puntos que se designen en la sentencia...*”.

III.7. El Código Penal de 1944.

La Guerra Civil dio lugar a una legislación penal especial, autoritaria, acorde a las nuevas condiciones y al Derecho Penal autoritario en auge en Europa, y el paso del anterior Estado democrático al ahora autoritario supuso el restablecimiento de la pena de muerte, la implantación de penas más severas y una mayor protección al Estado, a la familia y a los intereses sociales.

La reforma del Código de 1932 se retrasó hasta 1944, aunque hubo dos Proyectos de Código Penal en este período que no llegaron a discutirse, el proyecto de 1938, preparado por la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de F.E.T. y de las J.O.N.S.³³ y el proyecto presentado por el Ministerio de Justicia en 1939³⁴.

Y fue por Decreto de 23 de diciembre de 1944 cuando fue promulgado el nuevo Código Penal, que entró en vigor el día 3 de febrero de 1945.

Este Código experimentó numerosas reformas a lo largo de los años, llegándose a publicar un texto revisado en 1963, que fue aprobado por Decreto de 28 de marzo, el cual fue a su vez modificado por sendas leyes, de 21 de diciembre de 1965 y de 8 de abril de 1967.

Desaparece de este código, la pena de deportación, al igual que en el de 1932, así como la de relegación del mismo modo que en los Códigos de 1822 y 1932,

³³ CASABO RUIZ, J.R. Anteproyecto de Código Penal formulado por la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de la Falange Española Tradicionalista y de las JONS. Estudio Preliminar y edición. Murcia, 1978.

³⁴ CASABO RUIZ, J.R. El Proyecto de Código Penal de 1939. Estudio Preliminar y edición. Murcia, 1978.

manteniendo las demás penas tradicionales como todos los anteriores Código, las penas de extrañamiento, confinamiento y destierro. Estableciendo el artículo 86, al igual que el artículo 89 del Código Penal de 1932, que “*El sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español por el tiempo de la condena*”.

III.8. El Código Penal de 1973.

El Código Penal de 1973, así como sus modificaciones inspiradas en el nuevo sistema democrático ³⁵ mantuvieron las penas de extrañamiento, confinamiento y destierro en el artículo 27, calificándolas como penas graves.

Y si bien, este Código Penal no contempló ninguna institución similar ³⁶, con posterioridad se contempló en el Decreto 522/1974, de 14 febrero por el que se regulaba el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España, la detención,

³⁵ Las cuales consideró la doctrina como un simple "parcheo" que dilató el deber del legislador de publicar un nuevo Código Penal, el llamado Código Penal de la Democracia, totalmente adecuado al Estado social y democrático instaurado por la vigente Constitución.

Estas reformas previstas en los Pactos de la Moncloa y en una copiosa legislación en materia de terrorismo, culminaron en la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, que proclamaba el principio de culpabilidad frente al de la responsabilidad objetiva, actualizaba la parte general en materias como el error o el delito continuado y modificaba sustancialmente la parte especial, incorporando numerosas mejoras técnicas ya previstas en el proyecto de 1980.

En 1985, se produjeron nuevas reformas en materia de delitos contra la Hacienda Pública, o contra la Seguridad Social; despenalización de algunos supuestos de aborto, combinando el sistema de plazos y el de indicaciones; así como en 1988, con la modificación de los delitos relativos al tráfico de drogas y la sustitución del delito de escándalo público por los de exhibicionismo y provocación sexual.

Por otro lado, la Ley Orgánica 3/1989 de actualización del Código Penal supuso una reforma del Libro III acorde con el principio de intervención mínima, modificándose además el delito de lesiones, los delitos contra la libertad sexual, delitos de tráfico, e introduciéndose nuevos tipos como el delito de malos tratos habituales, impago de pensiones o explotación de menores en la mendicidad.

El 4 de septiembre de 1992, el Consejo de Ministros acordó remitir al Congreso de los Diputados el Proyecto de Código Pena, cuya tramitación quedó paralizada por la convocatoria anticipada de elecciones que tuvo lugar ese mismo año.

³⁶ Lo más parecido a ella, era la pena de extrañamiento prevista en el art. 86 CP 1973, vid. LUZÓN CUESTA, J.M., Código Penal, Colex, 7.ª edición, 2003, p. 154. Pero como se ha dicho “no debe confundirse con otras penas limitativas de la libertad deambulatoria, especialmente el extrañamiento, igualmente consistente en la expulsión del territorio español durante el tiempo de condena (de doce a veinte años), de rancio sabor colonialista y decimonónico”.

ingreso en prisión y posterior conducción del extranjero a la frontera, ordenado por la autoridad administrativa, sin intervención judicial ³⁷.

Y así disponía el artículo 29 que: *“1 .El Director general de Seguridad, por propia iniciativa o a propuesta de otras Autoridades o Dependencias policiales, podrá acordar la expulsión del territorio nacional de los extranjeros, cuando por su forma de vida, actividades que desarrollen, conducta que observen, antecedentes penales o policiales, relaciones que mantengan u otras causas análogas así resulte procedente.*

2. Especialmente procederá la adopción de tal medida cuando los extranjeros se hallen implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad del Estado o, una vez extinguida la responsabilidad criminal, cuando hayan sido condenados por delitos de la misma naturaleza...”

Añadiendo el artículo 30 que: *“Uno. Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo anterior, el Director General de Seguridad y los Gobernadores civiles o Delegados del Gobierno, en su caso, podrán ordenar la detención e ingreso en prisión a su disposición, cuando procediere según las circunstancias, de los extranjeros que hayan de ser expulsados, medida que subsistirá durante el tiempo indispensable para poder evacuar los trámites inherentes a tal situación, comprobar que los mismos han extinguido las posibles responsabilidades de todo orden que pudieran pesar sobre ellos y llevar a cabo la expulsión.*

Dos. Con la misma finalidad, cuando circunstancias especiales que concurren en determinados extranjeros hagan aconsejable o necesaria su inmediata expulsión; las mismas Autoridades podrán acordar que sean conducidos por personal del Cuerpo

³⁷ THOMAS ANDREU, G. «La intervención del juez penal en el internamiento preventivo del extranjero. La autorización judicial para expulsar extranjeros encartados en determinados delitos y la expulsión como sustitutiva del cumplimiento de penas impuestas en sentencia firmes» Cuadernos de Derecho Judicial, 37/1994, CGPJ.

Este Decreto, en su artículo 30.1 preveía la «previa detención ingreso en prisión y posterior conducción a la frontera», todo ello ordenado por la autoridad administrativa, sin intervención judicial.

Para este autor «la entrada en vigor de la Ley 7/85, de 1 de julio de derechos y libertades de los extranjeros en España, desde una perspectiva de carácter general, debe valorarse como un importante avance sobre la regulación anterior –y sobre todo sobre la situación que creaba dicha regulación propiciadora de verdaderas penas de prisión sin juicio, sin intervención judicial, sin delito previo –más que el «delito» de ser extranjero, y sin duración predefinida pues el ingreso en prisión lo era durante el tiempo necesario para poder evacuar los trámites de comprobación de carencia de responsabilidades pendientes y para poder llevar a cabo la expulsión, y es sabido cuánto podían durar tales trámites».

General de Policía o Fuerzas dependientes de ellas hasta el Puesto fronterizo por el que se haya de ejecutar tal medida”.

Por su lado, también la Ley 16/1970, de 4 de agosto sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social incorporó como medida de seguridad, la expulsión en su artículo 5³⁸, no distinguiendo entre extranjeros residentes legal o ilegalmente y proveyendo una duración máxima de cinco años, que fue reducida a tres años por la reforma de 1974.

En cuanto a la calificación de las penas que hemos dicho realizaba el artículo 27, establecía el artículo 86 que *“el sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español durante el tiempo de la condena.”*

La pena de confinamiento suponía la conducción del condenado a un pueblo o distrito en la península o Islas Canarias o Baleares, en el que permanecería en libertad bajo vigilancia de la Autoridad, añadiendo el artículo 87 que los Tribunales, al señalar el punto en que deba cumplirse el confinamiento, han de tener en cuenta el oficio, profesión o modo de vivir del penado, con la finalidad de que pueda atender a su subsistencia.

Y por último, la pena de destierro venía contemplada en el artículo 88, señalando que *“el sentenciado a destierro quedará privado de entrar en el punto o puntos que se designen en la sentencia y en el radio que en la misma se señale, el cual comprenderá una distancia de 25 kilómetros al menos y 250 a lo más del punto o puntos designados, entre los que comprenderá, si el ofendido lo pidiera, el lugar en que el reo delinquiró y el de residencia habitual del mismo y del perjudicado y sus parientes más próximos”.*

Como se ve, todas estas penas restrictivas de libertad no suponían el internamiento en una institución penitenciaria del condenado, sino la expulsión del territorio español, como se ve en la pena de extrañamiento (de una duración de doce años y un día hasta veinte años), la obligación de residir en un pueblo o distrito que se determine, respecto de la pena de confinamiento (de una duración de seis años y un día) o la prohibición de entrar en el punto o puntos geográficos que se señalaban, como era en la pena de

³⁸ Artículo 5. Son medidas de seguridad... Duodécima. Expulsión del territorio nacional cuando se trate de extranjeros. El sujeto a esta medida de seguridad no podrá volver a entrar en España durante el plazo de cinco años.

El artículo 7 de la Ley establecía: «Si los declarados peligrosos fueran extranjeros, el Juez podrá imponerles las medidas del artículo precedente que correspondan o la de expulsión del territorio nacional, sin perjuicio de aplicarles, además, las que sean compatibles con dicha expulsión y figuren en cada supuesto de peligrosidad».

destierro (de una duración de seis meses y un día a seis años), y todo ello, según se recogía en los artículos 86 a 88, en relación con el artículo 3, siendo todas ellas penas graves, aplicables sólo a las comisión de delitos, no de faltas.

En cuanto a la duración de las penas de extrañamiento, confinamiento y destierro, establecía el artículo 32 que no empezarían a contarse sino desde el día en que el reo hubiere empezado a cumplir condena.

Sin embargo hay que mencionar, que la aplicación de estas penas dentro del conjunto que suponían las penas en este Código Penal fue muy escasa, estando las mismas, más bien previstas para delitos de índole político, y así se castigaba, entre otros, con la pena de extrañamiento en el artículo 149, a *“los que invadiesen violentamente o con intimidación el Palacio de las Cortes, cuando estuvieren reunidas”*³⁹.

³⁹ Otros delitos cuya pena prevista era la de expulsión, confinamiento o destierro: artículos: “150. Incurrirán en la pena de confinamiento los que promovieren, dirigieren o presidieren manifestaciones u otra clase de reuniones al aire libre en los alrededores del Palacio de las Cortes cuando estén reunidas.

Serán considerados como promovedores o directores de dichas reuniones o manifestaciones los que por los discursos que en las mismas pronunciaren, impresos que publicaren o en ellas repartieren, por los lemas, banderas u otros signos que ostentaren o por cualesquiera otros hechos, deban ser considerados como inspiradores de los actos de aquéllas.

151. Los que, sin estar comprendidos en el artículo anterior, tomaren parte en las reuniones al aire libre de que en el mismo se trata, serán castigados con la pena de destierro.

152 Los que, perteneciendo a una fuerza armada, intentaren penetrar en el Palacio de las Cortes para presentar en persona y colectivamente peticiones a las mismas, incurrirán en la pena de extrañamiento.

153. Los que, sin pertenecer a una fuerza armada, intentaren penetrar en el Palacio de las Cortes para presentar en persona y colectivamente peticiones a las mismas, incurrirán en la pena de confinamiento.

El que sólo intentare penetrar en el mismo para presentar en persona individualmente una o más peticiones, incurrirá en la de destierro.

154. Incurrirán en la pena de confinamiento los que, perteneciendo a una fuerza armada, presentaren o intentaren presentar colectivamente, aunque no fuere en persona, peticiones a las Cortes.

En igual pena incurrirán los que, formando parte de una fuerza armada, las presentaren o intentaren presentar individualmente, no siendo con arreglo a las leyes de su Instituto, en cuanto tengan relación con éste.

156. El que injuriare a las Cortes hallándose en sesión, o a alguna de sus Comisiones en los actos públicos en que las representen, será castigado con la pena de destierro.

157. Incurrirán en la pena de confinamiento:

1.º Los que perturbaren gravemente el orden en las sesiones de las Cortes.

III.9. El Código Penal de 1995.

La aspiración de la promulgación del Código Penal de la Democracia quedó cumplida con la publicación de la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre del Código Penal, que entró en vigor en mayo de 1996, la actualmente vigente y que ha sido objeto de numerosas reformas, siendo la última prevista la pretendida por el Proyecto de Ley de 2013, que en estos momentos se encuentra en sede parlamentaria.

Este texto, de forma novedosa y sin precedentes en el Código Penal de 1973, haciéndose eco de los repetidos alegatos en contra de las penas privativas de libertad, con una finalidad de prevención especial que buscaba una individualización máxima de la pena, según las circunstancias del autor y del hecho, vino a introducir, como alternativa a las penas privativas de libertad, mecanismos específicos que permitieran sustituir éstas por otras que se entendieran menos desocializadoras, regulando en la Sección 2ª del Capítulo III del Libro I, bajo el epígrafe “*De la sustitución de las penas privativas de libertad*”, las distintas posibilidades de aplicación de esta institución, cuya finalidad era evitar el cumplimiento efectivo de las penas de prisión de corta duración, siempre y cuando se cumplieran ciertos requisitos.

Y así, dentro de los citados mecanismos sustitutorios de las penas privativas de libertad distinguió entre:

a) la sustitución legal u obligatoria, recogida en el artículo 71.2 C.P., que obliga a la sustitución de la pena de prisión inferior a tres meses, por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente,

b) la sustitución potestativa o facultativa para el juez o tribunal, cuando concurren determinados requisitos y las penas de prisión no sean superiores a los dos años impuestas por el delito (art. 88 C.P.), estableciéndose en este supuesto como único

2.º Los que injuriaren o amenazaren gravemente en los mismos actos a algún miembro de las Cortes.

3.º Los que fuera de las sesiones injuriaren o amenazaren gravemente a un miembro de las Cortes por las opiniones manifestadas o por los votos emitidos en el seno de aquéllas.

4.º Los que emplearen fuerza, intimidación o amenaza grave para impedir a un miembro de las Cortes asistir a sus reuniones o por los mismos medios coartaren la libre manifestación de sus opiniones o la emisión de su voto.

158. Cuando la perturbación del orden de las sesiones, la injuria o la amenaza de que habla el artículo precedente no fueren graves, el delincuente sufrirá la pena de destierro”.

condicionante que el penado no sea reo habitual, según definición dada en el artículo 94 C.P., y

c) la sustitución obligatoria, salvo alguna excepción, cuando se trate de penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un ciudadano extranjero no residente legalmente en España (artículo 89 C.P.).

Régimen este de sustitución que ha sido modificado por la L.O. 2/15 de 30 de marzo de reforma del Código Penal.

En el último de los supuestos regulado en el art. 89, como se expondrá, la ausencia de la finalidad preventivo especial del mecanismo de la sustitución se revela en la naturaleza del único requisito subjetivo exigido, esto es, la condición de extranjero no residente legalmente en España, siendo esta modalidad, la que constituye el objeto principal de la presente tesis doctoral.

Los trabajos prelegislativos.

Por tanto, antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, la expulsión del extranjero, como alternativa a la ejecución de las penas privativas de libertad, se hallaba regulada en la Ley Orgánica de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España de 1985, cuya redacción era equivalente a la del actual artículo 89 del Código Penal, mientras que la expulsión del extranjero, como alternativa a la ejecución de las medidas de seguridad, se hallaba recogida en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, cuyo tenor literal se asemejaba al actual artículo 108 del Código Penal.

Con el Código Penal de 1995, el recurso a la expulsión del extranjero como alternativa a la ejecución de las consecuencias jurídico-penales impuestas por la comisión de una infracción penal se traslada de la legislación penal especial al Código Penal ⁴⁰.

Sin embargo, esta incorporación al principal texto penal ya constituía la intención del legislador desde el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, al menos por lo que respecta a la expulsión como alternativa a las medidas de seguridad.

⁴⁰ Incorporación que ha sido calificada de innecesaria por algunos autores, al considerar que los supuestos contenidos en el Código Penal ya estaban incluidos en la Ley de Extranjería.

De esta opinión GARCÍA ALBERO, R. *Comentarios al Nuevo Código Penal*: Gonzalo Quintero Olivares (dir.). Pamplona: Aranzadi, 1996.

Los trabajos prelegislativos preparatorios para la promulgación del Código Penal de 1995 se ocuparon de la expulsión sustitutiva⁴¹, y así los primeros antecedentes de la sustitución de las penas privativas de libertad del artículo 89 del Código Penal de 1995 se encuentran en los siguientes proyectos de Ley Orgánica.

En el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, al menos por lo que respecta a la expulsión como alternativa a las medidas de seguridad, pues este Proyecto de Ley, al incorporar las medidas de seguridad al Código Penal, incluyó entre ellas la expulsión del extranjero, presentándose en esta ocasión, a diferencia de lo que ocurría en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, como medida de seguridad sustitutiva de las medidas de seguridad correspondientes al estado peligroso del delincuente.

Y así el artículo 135 del citado Proyecto de Ley Orgánica establecía como décimo-primer medida de seguridad “*la “expulsión de extranjeros del territorio nacional. El sujeto a esta medida no podrá volver entrar en España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder de quince años”*”.

Añadiendo el artículo 138 que “*Si el sujeto fuera extranjero, el órgano jurisdiccional podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las demás medidas de seguridad que le fueren aplicables, sin perjuicio de cumplir en su caso, la pena que le hubiere sido impuesta”*”.

La propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 mantuvo la expulsión del extranjero, como medida de seguridad sustitutiva de las medidas de seguridad aplicadas al delincuente extranjero, recogiendo en el artículo 84.3.4.º, entre las medidas de seguridad no privativas de libertad, “*La expulsión de extranjeros del territorio nacional”*, indicando el artículo 106 que “*1. Si el sujeto fuere extranjero, el Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquel, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las demás medidas de seguridad que fueren aplicable, sin perjuicio de cumplir, en su caso, la pena que le hubiere sido impuesta. 2. El sujeto a esta medida no podrá volver a entrar en España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder a quince años”* ⁴².

⁴¹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. «Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia». VVAA Editorial Trivium 1997. Madrid.

⁴² FLORES MENDOZA, F. Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate). LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord.). Tirant lo Blanch. Valencia.2002.

En el Borrador de Proyecto de Código Penal de 1990, en su artículo 84, se preveía la expulsión sólo para la pena privativa de libertad inferior a seis años, exigiéndose que la misma fuera a instancia del Ministerio Fiscal, con la audiencia del penado y el aseguramiento, en todo caso, de la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiera lugar.

El artículo 88 del Anteproyecto de 1992 permitía la expulsión sustitutiva también para penas superiores a los seis años, pero cuando se hubieran cumplido las tres cuartas partes de la condena.

El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal 102/1992, de 23 de septiembre⁴³ introdujo por primera vez la expulsión del extranjero no residente legalmente en España, como alternativa a determinadas penas privativas de libertad en su artículo 89⁴⁴, y en el supuesto de que la pena a sustituir fuera la de prisión igual o superior a los seis años se exigía, además de que el extranjero fuera no residente legalmente en España, que hubiera cumplido las tres cuartas partes de su condena, distinguiendo tres tramos de pena con tratamientos distintos (artículo 90): para las penas no superiores a dos años, la expulsión era imperativa; para penas de entre dos y seis años, la expulsión era potestativa y debería ser instada por el Ministerio Fiscal, y para penas superiores a seis años se exigía haber cumplido las tres cuartas partes de la condena, era potestativa, pero debía ser solicitada por el Ministerio Fiscal.

Así mismo hay que indicar que en este texto prelegislativo se introdujo por primera vez, la necesidad de que el extranjero no fuera «residente legalmente en España».

⁴³ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de septiembre de 1992 (núm. 102-D).

⁴⁴ El mismo establecía: «1. No obstante, lo dispuesto en el artículo anterior, las penas privativas de libertad no superiores a dos años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas, a instancia del Ministerio Fiscal, por su expulsión del territorio nacional. 2. Al extranjero condenado a pena privativa de libertad superior a dos años e inferior a seis se le podrá sustituir dicha pena, a instancia del Ministerio Fiscal, por la expulsión del territorio nacional. Igualmente,

los Jueces y Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, y previa audiencia del penado, 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. 3. El extranjero no podrá regresar a España, como mínimo en un plazo de tres años desde la fecha de la expulsión, o

por el triple de la duración de las penas privativas de libertad que le fueron impuestas, si este plazo es mayor. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hubieren sido sustituidas, sin perjuicio, de lo dispuesto en el artículo 451 de este Código».

Hasta ese momento hay que recordar, que la expulsión del extranjero, como alternativa a la ejecución de las penas privativas de libertad, tan sólo se hallaba regulada en el artículo 21.2, párrafo segundo de la citada Ley 7/1985, de 1 de julio de derechos y libertades de los extranjeros en España, aunque no se requería, sin embargo, que el sujeto hubiera satisfecho sus responsabilidades civiles, como así exigía el mencionado artículo⁴⁵.

Asimismo, el Proyecto de 1992 mantuvo en el artículo 111 la expulsión del extranjero en sustitución de las medidas de seguridad que le correspondiesen ⁴⁶.

El Anteproyecto de Código Penal de 1994 en su artículo 89 siguió el texto del Proyecto de 1992.

Por su parte en el artículo 90 del Proyecto de Código Penal de 1994 se establecía que se tenía que oír al Ministerio Fiscal, en lugar de actuar a su instancia.

Y ya fue en el artículo 89 del Código Penal de 1995, en su redacción original, donde se estableció la expulsión facultativa, como alternativa a la ejecución de la pena impuesta por la comisión de un delito, recogiendo así la intención del legislador reflejada, como hemos indicado, en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, al menos por lo que respecta a la expulsión como alternativa a las medidas de seguridad.

Indicando el artículo 89 que: *“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.*

⁴⁵ “si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el juez o tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como substitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta”.

⁴⁶ El artículo 111 señalaba: «1. Si el sujeto fuere extranjero, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como substitutiva de las medidas de seguridad que le fueren aplicables. 2. El sujeto a esta medida no podrá volver a entrar en España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder de diez años».

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 de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa”* ⁴⁷.

Pero a pesar de lo expuesto hemos de indicar, como ya mencionábamos antes, que el precedente inmediato al citado artículo 89 del Código Penal de 1995, lo encontramos en la regulación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España⁴⁸, cuyo artículo 21.2 inciso segundo disponía: “ *que si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta*”.

Y aunque las diferencias entre el artículo 21 de la Ley de Extranjería, y el artículo 89 del Código Penal, en su redacción original, eran profundas, significaron un cambio en el enfoque del tratamiento de la delincuencia de extranjeros. Tales cambios afectaban fundamentalmente a lo siguiente:

⁴⁷ El artículo 89 del Código Penal, ha experimentado cinco versiones diferentes desde su redacción originaria.

La primera rigió desde la entrada en vigor del Código Penal, en fecha 24.5.96, hasta el 22 de enero de 2001; la segunda versión dada por la L.O. 8/2000, de 23 de diciembre, desde el 23 de enero de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2003; la tercera, dada por la L.O. 11/2003, de 30 de septiembre, desde el 1 de octubre de 2003 hasta el 23 de diciembre de 2010; la cuarta, desde el 24 de diciembre de 2010, hasta el 30 de junio, introducida por la reforma de la L.O. 5/2010, de 22 de junio; y la quinta - actualmente en vigor- desde el 1 de julio de 2015, dada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo.

⁴⁸ Vigente hasta el 1 de febrero de 2000, siendo sustituida por la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social también conocida, como su precedente la L.O. 7/85, como Ley de “Extranjería”.

- 1) desde el punto de vista objetivo, el artículo 89.1 CP establecía la previsión legal en función de la duración de las penas privativas de libertad impuestas, y no en relación con la naturaleza en abstracto del delito;
- 2) desde el punto de vista de la víctima el artículo 89.1 CP no exigía el aseguramiento de las responsabilidades civiles y
- 3) desde el punto de vista subjetivo, la medida del artículo 89.1 se limitaba al extranjero «no residente legalmente en España» frente al artículo 21.2 que era aplicable a todos los extranjeros.

Pero el artículo 89 C.P. en su redacción original tuvo una escasa aplicación, y así en la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2001, se alegaban criterios de prevención general e igualdad, y sobre todo se recurría a la preferencia por la aplicación de los Convenios Internacionales de Ejecución de penas de nacionales en sus países de origen.

A la redacción originaria le siguió la introducida por la L.O. 8/2000, de 23 de diciembre, que mantuvo la facultad potestativa del juez a la hora de aplicar dicha medida.

Pero la modificación más importante fue la introducida por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, en cuya Exposición de Motivos ya se explicitaban los objetivos de la reforma de dicho artículo, se trataba con ella de evitar que la pena y su cumplimiento se convirtieran en formas de permanencia del extranjero ilegal en España, aún cuando con ello se quebrantara, de manera radical, el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto, como se estudiara.

Y para evitar que el cumplimiento de la pena se convirtiera en una forma de permanencia del extranjero en España, la reforma pretendió dar un adecuado cauce a que el juez penal acordara la sustitución de la pena impuesta al extranjero, no residente legalmente en España que había cometido un delito por su expulsión, lo que suponía un giro radical a la regulación anterior en la que la expulsión del extranjero no residente legalmente en España del territorio nacional era una facultad potestativa y discrecional del juez, introduciendo dicha reforma una fórmula imperativa que determinaba la expulsión obligatoria del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera sido condenado a una pena privativa de libertad inferior a seis años, imponiendo la sustitución de dicha pena por su expulsión del territorio nacional, salvo que el juez o

tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, y sin dar audiencia al penado (a diferencia de lo que preveía la anterior redacción del citado precepto y la reforma operada por la L.O. 8/2000), excepcionalmente y de forma motivada, apreciara que la naturaleza del delito justificaba el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

La nueva reforma de dicho artículo 89 se planteó tanto en el Proyecto de Ley Orgánica, aprobado el 15 de diciembre de 2006 de reforma del Código Penal, como en el Proyecto de 2009, contemplándose en ambos la posibilidad de eliminar la obligatoriedad y el automatismo de la medida de expulsión.

En el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 14 de noviembre de 2008, no se sabe muy bien porque, pero se abandonó la idea de reformar el artículo 89.

En la modificación pretendida por el citado Anteproyecto de reforma de Código Penal de fecha 23 de julio de 2009, incorporó el legislador los motivos que le llevaron en el Proyecto de 2006 a prever la reforma del citado precepto, pero sin embargo en la posterior reforma del Código Penal, operada por la Ley 5/2010, de 22 de junio (que entró en vigor el día 23 de diciembre de 2010), se mantuvo la naturaleza obligatoria de la expulsión, en contra de las críticas vertidas al respecto, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

El 16 de julio de 2012, el Ministerio de Justicia hizo público un borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se pretendía reformar en contenido de numerosos artículos del Código Penal, una reforma en profundidad que afectaría, tanto a cuestiones de la parte general como es el sistema de penas, con la introducción de la “prisión permanente revisable”, la relación entre pena y medida de seguridad, la regulación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, como a cuestiones de la parte especial, afectando a numerosos delitos, a la desaparición del libro correspondiente a las faltas, entre otras.

En fecha 11.10.12, y con notables diferencias en relación al borrador presentado, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de reforma por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal y tras los informes del Consejo Fiscal (20.12.12), del Consejo General del Poder Judicial (16.1.13) y del Consejo de Estado (27.6.13), en fecha 20.9.13 el Consejo de Ministros aprobó remitir a las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica, que fue presentado

al Congreso el 24.9.13, calificado el 1.10.13 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 4.10.13, entrando posteriormente en el Congreso de los Diputados en donde se demoró meses y meses, con sucesivas ampliaciones de los plazos para presentación de enmiendas a su articulado, viendo por fin la luz en la promulgación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal ⁴⁹, norma esta que también viene a ser modificada por la Ley 2/2015, de 30 de marzo, en materia de terrorismo⁵⁰ y a la que se suman las tramitadas en paralelo referidas a lo indicado sobre terrorismo, aborto, seguridad ciudadana y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a otras leyes procesales.

En el caso de extranjeros, se pretende que la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del país se ajuste a lo previsto en la Ley de Extranjería, estableciéndose que cuando las condenas sean superiores a tres años, los tribunales podrán fijar qué parte debe cumplir en nuestro país y qué parte puede ser sustituida por la expulsión.

Reforma que estudiaremos en profundidad y en la que observamos como se pretende ajustar el límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión del extranjero, a la regulación contenida en la legislación de extranjería, manteniéndose la obligatoriedad en las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero, debiendo los Jueces y Tribunales establecer, en todo caso, cuando la pena o la suma de las penas impuestas fueran de más de cinco años de prisión, qué parte de la pena impuesta debe ser cumplida efectivamente en prisión (toda o parte de ella) y ello, como se indica en la Exposición de Motivos, 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, condicionándose la sustitución a la proporcionalidad de la medida, debiendo valorar los Jueces y Tribunales la gravedad del hecho y, al tiempo, las circunstancias personales del penado, en particular su arraigo, para valorar si la sustitución de la pena es o no proporcionada, tal y como ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Dicho lo anterior, y a fin de dar cumplimiento el objeto del presente trabajo, centraremos el mismo en la normativa vigente con anterioridad a la reforma del Código

⁴⁹ Publicada en el B.O.E. en fecha 31 de marzo de 2015.

⁵⁰ Publicada en el B.O.E. en fecha 31 de marzo de 2015.

Penal operada por la citada Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, es decir, la derivada de la reforma introducida por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, pero principalmente en la vigente regulación resultado de la indicada reforma, y todo ello en relación a la expulsión del extranjero en el derecho penal español sustantivo y procesal, normativa que gira esencialmente entre el Código Penal de 1995 y la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁵¹ también conocida, como hemos señalado, por la “Ley de Extranjería”, abordando en profundidad la reciente reforma, la cual no está exenta de numerosas críticas doctrinales y sociales, las cuales también tendremos ocasión de analizar y exponer, máxime cuando en la misma se contempla la expulsión de toda persona extranjera, proceda del Estado que proceda, incluidos europeos, cuente o no con permiso de residencia o tengan o no a su familia en territorio español, lo que entendemos supone una diferencia de trato en perjuicio de reo, y por el simple hecho de la diferente nacionalidad, lo que supone una infracción de los derechos humanos, al menos del derecho a la igualdad jurídica y a no sufrir discriminaciones por razón del origen, nacionalidad, etc. Derecho que se recoge en los textos internacionales suscritos por el Estado Español y en el artículo 14 de la Constitución Española, como es la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de Diciembre de 1948 que establece en el Preámbulo, *“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”*, disponiendo en su artículo 2 que *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”*

Indicando para finalizar este apartado, que también será significativo el estudio del Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre por el que se aprobó el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁵², el cual fue derogado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre

⁵¹ Publicada en el BOE de 12 de enero de 2000, que entró en vigor a los veinte días de su completa publicación la cual, como se ha visto, ha sido objeto de diferentes reformas.

⁵² Que vino a sustituir al Reglamento de ejecución de la anterior Ley de Extranjería, aprobado por Real Decreto 155/1996 de 2 de febrero, así como al Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.

derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009⁵³.

⁵³ Modificado por Real Decreto 844/2013, 31 octubre (artículos 152, 153.6 y 166.1e).

La Sala Tercera del Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de junio de 2013, anuló el inciso “los plazos para la interposición de los recursos que procedan, serán computados a partir de la fecha de la notificación al empleador o empresario”, que contiene el artículo 88.5, párrafo 4º, por su disconformidad a Derecho. Y por el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de centros de internamiento de extranjeros (derogando con ello en su totalidad el artículo 258 del Reglamento de Extranjería).

**CAPITULO SEGUNDO. LA INCIDENCIA DE LA INTERVENCION JUDICIAL
EN LA EXPULSIÓN GUBERNATIVA**

I. INTRODUCCION.

Antes de adentrarnos en el estudio de la expulsión de los extranjeros en el proceso penal y en la sustitución de la pena de prisión impuesta a estos por la expulsión del territorio nacional judicial, en las páginas que siguen efectuaremos un estudio, sino exhaustivo sí suficiente, de la expulsión del territorio nacional acordada sobre extranjeros en aplicación de las potestades atribuidas a la Administración en este campo, insertas en la potestad sancionadora de la misma y ello a fin de encuadrar los diferentes tipos de expulsiones existentes: la gubernativa y la judicial.

Y a este respecto debemos indicar que la medida gubernativa de expulsión del territorio nacional no encuentra obstáculos, ni en nuestra Constitución -pues el artículo 13 de la misma se remite respecto de los extranjeros a lo que disponga la ley- ni en los Tratados Internacionales ratificados por España. No hay más que ver el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de aplicación a los extranjeros que residan legalmente en el territorio del Estado, en el que simplemente se exige la predeterminación en una norma de las condiciones en que puede proceder la expulsión, y la existencia de oportunidad de defensa jurídica del extranjero afectado por la actuación administrativa determinante de la expulsión (STC 242/1994, de 20 de junio).

II. SUPUESTOS EN QUE PROCEDE.

La L.O. 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, distingue diversas causas de expulsión de los extranjeros del territorio español, pudiendo así hacerse una distinción entre la expulsión gubernativa y la expulsión judicial:

La expulsión gubernativa.- A su vez, tal medida puede darse:

- a. como alternativa a la sanción de multa, por la comisión de infracciones muy graves (art. 54), o infracciones graves del art. 53 a), b), c), d) y f) de la L.O. 4/2000 (art. 57.1 L.O. 4/2000). Se trata de una medida que la ley 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. Es una expulsión puramente administrativa regulada en el art. 57.1 LOEX.

- b. como accesoria por la condena de delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a un año (art. 57.2 de la L.O. 4/2000). Se trata de una expulsión administrativa que viene determinada por un proceso penal, al haber sido el extranjero 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.
- c. como sanción, una vez cumplida la pena privativa de libertad; y así se llevara a cabo la expulsión a efecto, cuando el extranjero, residente o no, haya sido condenado por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal, una vez cumplida la pena privativa de libertad. (art. 57.8 de la L.O. 4/2000)

La expulsión judicial.- Puede distinguirse a su vez:

- a. como forma de enervación de la acción penal (art. 57.7 de la L.O. 4/2000). Se trata de una expulsión administrativa con incidencia en el proceso penal.
- b. como sustitución de una condena penal, ya sea en la fase declarativa del juicio, acordada en sentencia siempre que sea posible -distinguiéndose dos supuestos, según la pena de prisión sea de más de un año o de cinco años- ya sea en fase de ejecución de sentencia, acordada en auto -cuando el extranjero hubiere accedido al tercer grado penitenciario o le hubiera sido concedida la libertad condicional- (art. 89 C.P.)
- c. como medida de seguridad no privativa de libertad impuesta de forma directa (art. 96.3.2ª C.P.), es decir, una expulsión jurisdiccional derivada de la imposición de una medida de seguridad no privativa de libertad, afectando en este supuesto la expulsión de territorio nacional a extranjeros no residentes legalmente en España

- d. una expulsión jurisdiccional derivada de la sustitución de una medida de seguridad impuesta (privativa o no de libertad), si el sujeto fuera extranjero, no residente legalmente en España (art. 108 C.P.)
- e. una expulsión jurisdiccional acordada en virtud de lo expuesto en el art. 99 C.P., que remite a la aplicación de las medidas previstas en el art. 96.3 C.P.
- f. También contemplaba el art. 90.2 C.P. con anterioridad a la reforma operada por la L.O. 1/15 de 30 de marzo, la expulsión del extranjero como regla de conducta o medida impuesta por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, al decretar la libertad condicional, lo que analizaremos al amparo de la reciente reforma.

Pero con carácter previo a adentrarnos en lo que constituye el objeto central de este trabajo, la expulsión judicial, y en concreto la expulsión del extranjero como sustitución de una condena penal, conviene realizar un breve análisis del régimen administrativo sancionador en materia de extranjería, por su mayor repercusión en la práctica, y a fin de encuadrar los supuestos en los que es posible la incoación de un procedimiento administrativo, cuya sanción a imponer en su caso podrá ser: la de expulsión del ciudadano extranjero por encontrarse irregularmente en territorio español, por haber sido condenado por la comisión de un delito con pena privativa de libertad superior a un año, o tras haber cumplido pena de prisión al haber sido condenado por unos determinados delitos, de aquellos otros supuestos en los que la expulsión del extranjero opera como una forma de enervación de la acción penal (art. 57.7 L.O.4/00), lo que supondrá la suspensión del ejercicio de la potestad jurisdiccional en su faceta de juzgar el hecho delictivo cometido, admitiendo como solución alternativa la aplicación de una medida administrativa de expulsión, así como de aquellos supuestos en que la expulsión del extranjero esta prevista como alternativa a la pena de privación de libertad impuesta al mismo (art. 89 y 90.2 C.P.), o como sustitutiva a una la medida de seguridad .

II.1 La expulsión gubernativa como medida alternativa a la sanción de multa. (LO 4/2000, art. 57.1)

a) Naturaleza jurídica.

Determina el art. 57.1 LOEX, como tendremos ocasión de exponer, que cuando los extranjeros realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del art. 53 de dicha Ley Orgánica, podrá aplicarse, por parte de la Administración, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo, sin que en ningún caso puedan imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa, en aplicación del apartado 3 del citado artículo.

De lo que se desprende que la expulsión como medida alternativa a la sanción de multa se anuda a la comisión de determinadas infracciones, en particular todas las calificadas como muy graves, tipificadas en el art. 54 LOEX, y algunas de las infracciones calificadas como graves, recogidas en el art. 53 LOEX, por lo que no cabe más que concluir que la expulsión gubernativa por la comisión de alguna de las citadas infracciones constituye la imposición de una auténtica sanción administrativa, tal y como reconoce la STS, 3.^a, de 18 de julio de 2000 (recurso de casación 9409/98), no pudiendo considerarse la misma como una mera medida limitativa de derechos que deba simplemente ajustarse al principio de legalidad, dada la trascendencia que alcanza en relación con los derechos fundamentales de los extranjeros en España, relacionados con el art. 19 de la Constitución y ello aunque así se afirmó por el Tribunal Supremo bajo la vigencia de la Ley de Extranjería de 1985 (SSTS, 3.^a, de 15 de septiembre de 1994, 21 de junio de 1995, 7 de abril de 1997 y 20 de diciembre de 2002, entre otras), pero frente a la regulación de la expulsión del territorio español de extranjeros contenida en dicha Ley, donde no se denominaba tal medida como sanción expresamente, la vigente LOEX se refiere a la expulsión como una sanción administrativa de forma expresa en los apartados 3 y 5 del art. 57, por lo que debemos concluir que esa es su verdadera naturaleza.

Y ello, porque si bien la expulsión del territorio español de un extranjero, que no se encuentra en situación legal en nuestro país, no supone necesariamente la imposición de una sanción, sino la aplicación de una medida administrativa limitativa de derechos que

debe ajustarse al principio de legalidad, dada la relevancia que presenta en relación con los derechos fundamentales de los extranjeros (art. 13.1 en relación con el art. 19 CE), lo cierto es que dado que el acto administrativo que impone la expulsión del territorio nacional implica o puede implicar una limitación de derechos y se funda en la apreciación de la conducta de la persona, se ha de considerar a esta medida como una sanción a los efectos del artículo 25.1 de la Constitución Española, como así ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Constitucional, entre otras, en sentencias de 13/82, 61/90 y 116/93 .

b) Supuestos en que procede. Precisiones.

Establece el art. 57.1 LOEX. que: “ *Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción*”.

Por lo que cuando los infractores sean extranjeros, con independencia de que sean residentes legales o no en España, y desarrollen determinadas conductas tipificadas en la Ley de Extranjería como muy graves o conductas graves de las previstas en el citado precepto 53.1 podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo.

Y así, la precitada L.O. 4/2000 regula en sus artículos 52,53 y 54, dentro del Título III “*De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*”, los diferentes tipos de infracciones, y siguiendo la línea marcada en el artículo 129 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común las clasifica en tres grupos: infracciones leves (art. 52), graves (art. 53) y muy graves (art. 54), para recoger el artículo 55 las diferentes sanciones a imponer por la Administración según el tipo de infracción cometida (que de ordinario será la multa), regulando específicamente el artículo 57.1 la sanción de expulsión del extranjero del territorio español.

El artículo 54 de la L.O. 4/00 califica de infracciones muy graves las siguientes:

“1. Son infracciones muy graves:

- a) Participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.*
- b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.*
- c) La realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el artículo 23 de la presente Ley, siempre que el hecho no constituya delito.*
- d) La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito.*
- e) Realizar, con ánimo de lucro, la infracción prevista en la letra d) del apartado 2 del artículo anterior.*
- f) Simular la relación laboral con un extranjero, cuando dicha conducta se realice con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente derechos reconocidos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito.*
- g) La comisión de una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza.*

2. También son infracciones muy graves:

- a) El incumplimiento de las obligaciones previstas para los transportistas en el artículo 66, apartados 1 y 2.*
- b) El transporte de extranjeros por vía aérea, marítima o terrestre, hasta el*

territorio español, por los sujetos responsables del transporte, sin que hubieran comprobado la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado, de los que habrán de ser titulares los citados extranjeros.

- c) *El incumplimiento de la obligación que tienen los transportistas de hacerse cargo sin pérdida de tiempo del extranjero o transportado que, por deficiencias en la documentación antes citada, no haya sido autorizado a entrar en España, así como del extranjero transportado en tránsito que no haya sido trasladado a su país de destino o que hubiera sido devuelto por las autoridades de éste, al no autorizarle la entrada...”*

Respecto a este precepto hay que hacer las siguientes precisiones: en cuanto al primer inciso del artículo 54 a) “ *Participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana*”, no menciona el precepto cuáles son esas actividades contrarias a la seguridad interior del Estado, si bien parece que deben entenderse estas como las contenidas en la remisión que hace el segundo inciso del precepto a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana⁵⁴, en concreto a

⁵⁴ El derogado artículo 23 de la Ley de Seguridad Ciudadana de 1992, establecía “A los efectos de la presente Ley, constituyen infracciones graves:

a. La fabricación, reparación, almacenamiento, comercio, adquisición o enajenación, tenencia o utilización de armas prohibidas o explosivos no catalogados; de armas reglamentarias o explosivos catalogados careciendo de la documentación o autorización requeridos o excediéndose de los límites permitidos, cuando tales conductas no sean constitutivas de infracción penal.

b. La omisión o insuficiencia en la adopción o eficacia de las medidas o precauciones obligatorias para garantizar la seguridad de las armas o de los explosivos.

c. La celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones, incumpliendo lo preceptuado en los artículos 4.2, 8, 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, Reguladora del Derecho de Reunión, cuya responsabilidad corresponde a los organizadores o promotores, siempre que tales conductas no sean constitutivas de infracción penal.

En el caso de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones cuya celebración se haya comunicado previamente a la autoridad se considerarán organizadores o promotores las personas físicas o jurídicas que suscriban el correspondiente escrito de comunicación.

Aún no habiendo suscrito o presentado la citada comunicación, también se considerarán organizadores o promotores, a los efectos de esta Ley, a quienes de hecho las presidan, dirijan o ejerzan actos semejantes o a quienes por publicaciones o declaraciones de convocatoria de las reuniones o manifestaciones, por los discursos que se pronuncien y los impresos que se repartan durante las mismas, por los lemas, banderas u otros signos que ostenten o por cualesquiera otros hechos, puedan determinarse razonablemente que son inspiradores de aquéllas.

d. La negativa a disolver las manifestaciones y reuniones en lugares de tránsito público ordenada por la autoridad competente cuando concurran los supuestos del artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983.

e. La apertura de establecimientos y la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas careciendo de autorización o excediendo de los límites de la misma.

f. La admisión en locales o establecimientos de espectadores o usuarios en número superior al que corresponda.

g. La celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas quebrantando la prohibición o suspensión ordenada por la autoridad correspondiente.

h. La provocación de reacciones en el público que alteren o puedan alterar la seguridad ciudadana.

i. La tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos.

j. El incumplimiento de las restricciones a la navegación reglamentariamente impuestas a las embarcaciones de alta velocidad.

k. La alegación de datos o circunstancias falsos para la obtención de las documentaciones previstas por la presente Ley, siempre que no constituya infracción penal.

l. La carencia de los registros previstos en el Capítulo II de la presente Ley para las actividades con trascendencia para la seguridad ciudadana.

m. La negativa de acceso o la obstaculización del ejercicio de las inspecciones o controles reglamentarios, establecidos conforme a lo dispuesto en la presente Ley, en fábricas, locales, establecimientos, embarcaciones y aeronaves.

n. Originar desórdenes graves en las vías, espacios o establecimientos públicos o causar daños graves a los bienes de uso público, siempre que no constituya infracción penal.

ñ. La apertura de un establecimiento, el inicio de sus actividades o el desarrollo de su funcionamiento sin autorización o sin adoptar total o parcialmente las medidas de seguridad obligatorias o cuando aquéllas no funcionen o lo hagan defectuosamente, o antes de que la autoridad competente haya expresado su conformidad con las mismas.

o. La comisión de una tercera infracción leve dentro del plazo de un año, que se sancionará como infracción grave.

p. El depósito, comercialización o distribución, bajo cualquier modalidad, en establecimientos dedicados a actividades deportivas, de productos que contengan sustancias prohibidas en el deporte por ser susceptibles de producir dopaje, declaradas como tales de conformidad con su legislación específica.

su artículo 24, ahora en cambio, a la vigente Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, la cual ha derogado expresamente a la citada Ley de 1992, y en concreto al art. 35 donde se recogen las infracciones muy graves.

En relación a las conductas descritas en los apartados b), c) y d), es evidente que las mismas pueden ser cometidas tanto por ciudadanos españoles, como por extranjeros, refiriéndose a conductas relacionadas con un trato indebido a extranjeros.

En cuanto a las conductas señaladas en el apartado b) podemos decir que las mismas coinciden con las del delito tipificado en el artículo 318 bis) del C.P., configurándose este como un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, pues no puede olvidarse que la redacción de dicho precepto, que se encuentra en vigor desde el 1 de octubre de 2003⁵⁵, lo fue en virtud de la reforma operada en el Código Penal por la L.O. 11/03, que a su vez reformó la Ley de Extranjería 4/00, por lo que lo lógico será que las mismas sean sancionadas, más que como infracción administrativa, como delito. Y así hay que destacar, que la reforma de este precepto dada por la L.O. 13/2007, de 19 de noviembre, agravó las penas del tipo básico y castigó de forma autónoma el tráfico ilegal de personas para su explotación sexual, introduciendo la extensión de la inmigración a todo el territorio de la Unión Europea, en consonancia con el principio de libre circulación de personas y trabajadores en su ámbito, eliminando la reforma llevada a cabo por la L.O. 5/10, de 22 de junio, la unificación de los delitos de

q. La incitación al consumo, en establecimientos dedicados a actividades deportivas, de productos que contengan sustancias prohibidas en el deporte por ser susceptibles de producir dopaje, declaradas como tales de conformidad con su legislación específica.

Por su lado el artículo 24 de la L.O. 1/1992, de 21 de febrero, señalaba “ Las infracciones tipificadas en los apartados a, b, c, d, e, f, h, i, l, n, p y q del anterior artículo, podrán ser consideradas muy graves, teniendo en cuenta la entidad del riesgo producido o del perjuicio causado, o cuando supongan atentado contra la salubridad pública, hubieran alterado el funcionamiento de los servicios públicos, los transportes colectivos o la regularidad de los abastecimientos, o se hubieran producido con violencia o amenazas colectivas”.

En la vigente Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, se recogen en los artículos 35 y 36 las infracciones muy graves y graves respectivamente.

⁵⁵ Dicho artículo fue modificado, en su apartado primero, por la Ley Orgánica 13/07 de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas (BOE 20.11.07), a fin de castigar las conductas descritas en dicho precepto cuando el destino lo sea a otro país de la Unión Europea, estableciendo que “ *El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión*”.

trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el anterior art. 318 bis) y que resultaba inadecuado a la vista de las diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. Precepto este que ha sido objeto de reforma por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal.

Por otro lado el art. 313 C.P. del Código Penal castiga al que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, así como al que, simulando contrato o colocación o usando de otro engaño semejante, determine o favorezca la emigración de alguna persona a otro país. Por lo que del examen de la tipificación penal de los delitos expresados pone de manifiesto la imposibilidad de hallar un supuesto en el que la comisión de la infracción administrativa recogida en este apartado no constituya también delito, por lo que, resultando preferente la jurisdicción penal sobre el ejercicio por la Administración de su potestad sancionadora, el art. 54.1 b) carecerá de un espacio propio de aplicación que justifique su existencia ⁵⁶.

Asimismo hay que recordar que el art. 27.1 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, firmado el 19 de junio de 1990, obliga a las partes a establecer sanciones adecuadas contra cualquier persona que, con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o a permanecer en el territorio de una parte contratante, quebrantando su legislación sobre entrada y estancia de extranjeros.

En cuanto al apartado c) del art. 54.1 LOEX. “*La realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el artículo 23 de la presente Ley, siempre que el hecho no constituya delito*”, hemos de indicar que no parece posible encontrar un supuesto en el que una conducta subsumible en esta infracción no constituya también delito, por lo que el comentario antes expresado resulta también extensible a este supuesto ⁵⁷.

El apartado d) del art. 54.1 LOEX sanciona “ *La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de*

⁵⁶ CAMPO CABAL, J. M.: *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Cívitas, Madrid, 2001

⁵⁷ Véase los siguientes artículos del C.P.: 22.4 (reformado por la L.O. 1/2005 de 30 de marzo), 170.1, 314; 510, 511, 512, 515 y 607 , reformados por la L.O. 1/2005 de 30 de marzo) y 611.6, entre otros.

residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito”.

Y en relación a este precepto, el art. 312.2 del Código Penal castiga a “*quienes emplean a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual*”. De lo que se desprende que frente a la infracción administrativa, que contempla la contratación formal o el empleo sin contrato de un extranjero sin permiso de trabajo, el tipo penal exige la concurrencia de alguna de las circunstancias que señala el precepto: perjudicar, suprimir o restringir los derechos de los extranjeros.

Para el supuesto de haberse solicitado la renovación del permiso de trabajo con anterioridad a su caducidad, no se incurre en la infracción examinada si la relación laboral persiste al demorarse el pronunciamiento de la Administración, pues no cabe equiparar la conducta de quien elude intencionadamente los controles administrativos con la de aquellos que acreditan su cumplimiento (STS, 3ª, de 19 de febrero de 2000).

Por último y en relación al apartado segundo del citado artículo 54 observamos que dentro del citado precepto el legislador ha querido dar un tratamiento específico al incumplimiento de las obligaciones que el artículo 66 de la precitada ley impone a los transportistas, al transporte irregular de extranjeros y al incumplimiento de la obligación que tiene el transportista de hacerse cargo del extranjero no autorizado a entrar en España, calificando las conductas descritas en dicho precepto como muy graves.

Y así, y en primer lugar, en cuanto a quien debe entenderse por “transportista”, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen señala que debe considerarse a “toda persona física o jurídica que realice, con carácter profesional, el transporte de personas por vía aérea, marítima o terrestre”.

A este respecto citar la Directiva 2004/82CE, el 29 de abril, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas, cuya finalidad declarada es la de mejorar los controles fronterizos y combatir la inmigración ilegal, mediante la comunicación previa por los transportistas aéreos a las autoridades nacionales competentes de los datos de las personas transportadas, que impone la

regulación de esta obligación a los Estados miembros, con el establecimiento de un régimen sancionador por su incumplimiento, debidamente armonizado.

Y señalar además, para finalizar este apartado, que pese a que del tenor literal del precepto pudiera concluirse su aplicación a cualquier persona, transportista profesional o no, que traslada o introduce en el territorio nacional a un extranjero sin haber comprobado la validez o vigencia de los documentos, que le servirán para acceder legalmente a España, la infracción examinada parece dirigirse a quien ostenta la condición de transportista profesional y desarrolla la conducta expresada, lo que es apuntado por algún autor ⁵⁸, también se deduce de la referencia que en el apartado c) del art. 54.2 se hace a "los transportistas" en relación con la obligación de comprobación de documentación de viaje que presupone esta infracción.

En cuanto a las infracciones calificadas como graves y a los efectos que nos interesa en esta exposición, establece el artículo 53 de la L.O. 4/2000 como infracciones graves las siguientes:

“1.

- a) *Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.*
- b) *Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.*
- c) *Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en esta Ley, siempre que tales*

⁵⁸ GARCÍA CATALÁN, J.M. Infracciones, sanciones y procedimiento en la ley y el reglamento de extranjería, Barcelona, Atelier, 2002

hechos no constituyan delito. Cuando cualquier autoridad tuviera conocimiento de una posible infracción por esta causa, lo pondrá en conocimiento de las autoridades competentes con el fin de que pueda instruirse el oportuno expediente sancionador.

d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley...

e) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.”

También convendría respecto de estas infracciones hacer algunas precisiones, y así indicar que se tipifica en el apartado a) del anterior artículo la estancia ilegal en España del extranjero por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente, por lo que de la redacción del precepto se infiere que se sanciona a los extranjeros que habiendo entrado legalmente en España, incurren luego en una estancia irregular por no haber obtenido o por haber quedado caducada la correspondiente autorización (prórroga de estancia o permiso de residencia)⁵⁹.

Así mismo deberíamos concluir, que no existiría tal infracción cuando el extranjero ha solicitado el permiso de residencia o la prórroga de estancia, y no ha obtenido todavía respuesta a su solicitud por parte de la Administración, pues no es comparable, ni equiparable la conducta de quien elude intencionadamente los controles administrativos con la de aquellos que acreditan su cumplimiento, pues en estos supuestos la ausencia de tal permiso no obedece a la inactividad del extranjero, sino a la demora de la Administración, que le ha impedido conocer si tenía o no derecho a su concesión o renovación (SSTS, 3.a, de 29 de marzo de 1988, 29 de mayo de 1991 y 19 de febrero de 2000).

⁵⁹ DORADO NOGUERAS M. y RODRIGUEZ CANDELA J.L. “Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, publicado en la obra colectiva *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*. Ed. Comares, Albolote (Granada), 2001.

De otra parte hay que señalar que la duración de la estancia es de un máximo de tres meses, con posibilidad de ser renovada por otros tres meses más, según establece el artículo 30.3 de la L.O. 4/00, por lo que el extranjero sólo incurriría en la mencionada infracción administrativa si su estancia se mantiene más de tres meses a contar desde la caducidad de la prórroga, por lo que ha de concluirse que a los tres meses de estancia, más los tres meses de prórroga, el artículo 53.a) de la L.O. 4/00 añade un nuevo periodo de tres meses en el que siendo la estancia irregular, no habría sin embargo infracción.

La infracción grave contemplada en el apartado b) del artículo 53 hace referencia a *“encontrarse el extranjero trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida”* por lo que, el no haber solicitado la correspondiente autorización para trabajar por cuenta propia, cuando se cuente con autorización de residencia temporal es constitutivo de una infracción leve (art. 52.c de la L.O. 4/00) , lo que supone que a diferencia de este último precepto la conducta castigada como grave no hace referencia específica al trabajo por cuenta propia, y comprendería también el trabajo por cuenta ajena, y no al hecho de no haber solicitado la correspondiente autorización, sino el no haberla obtenido .

La infracción mencionada en el apartado c) que la hace merecedora de su calificación como grave, es el hecho de incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave al no poner en conocimiento del Ministerio *del Interior los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio*". pues la mera omisión o retraso conllevaría la calificación de la conducta como infracción leve (art. 52.a de la L.O. 4/00) .

Esta infracción resulta acorde con la obligación que impone el art. 31.6 LOEX a los extranjeros con autorización de residencia temporal de poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios de nacionalidad, estado civil y domicilio.

En el apartado d) *"El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley"*, es significativo que no se haga referencia al quebrantamiento de las medidas

cautelares acordadas en el seno del un expediente sancionador (art. 61 de la L.O. 4/00)⁶⁰.

Por último, el apartado f) castiga *”La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana”* remitiendo las infracciones sancionables a la citada Ley, en concreto dicha mención comprendería las conductas de diversa naturaleza tipificadas como infracciones graves en los artículos 23 y 25 del citado texto legal, lo que hacía que nos cuestionásemos la proporcionalidad de las sanciones previstas por la comisión de las infracciones previstas en este apartado 53 de la LOEX, dada la heterogeneidad de las conductas sancionables en la citada Ley de Seguridad Ciudadana. Ley que por otra parte ha quedado derogada por la reciente Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana⁶¹, por lo que dicha mención ahora será respecto del art. 36 del citado texto legal donde se recogen una serie de conductas igualmente heterogéneas calificadas como infracciones graves.

Por lo que dado el tenor literal del citado art. 53.1 f) y ante la eventualidad de que un extranjero participe, ya sea como autor, cómplice o mero colaborador, en la realización de alguna de las actividades contrarias al orden público referidas, algún autor ha considerado que sería posible la aplicación alternativa de la legislación sobre extranjería o la Ley Orgánica 1/1992, inclinándose incluso por la aplicación de la primera de las normas ⁶².

En resumen, si algún extranjero realiza alguna de las infracciones descritas como graves, o de las tipificadas como muy graves, podrá aplicársele, de forma alternativa y en lugar de la sanción de multa, cuya cuantía⁶³ se fijara teniendo en cuenta la capacidad económica del mismo (art. 55.4 de la L.O. 4/00) , la sanción de expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente sancionador, por lo que

⁶⁰ CALVO ROJAS, E. El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares, Cuadernos de Derecho Judicial n.º VIII, 2001.

⁶¹ Publicada en el B.O.E. de fecha 31.3.15, cuya entrada en vigor fue fijaba para el día 1.7.15.

⁶² GARCÍA CATALÁN, J.M. O. Cit.

⁶³ de 501 hasta 10.000 euros. Art. 55.1.b).

cabría preguntarse cuando debe aplicarse la sanción de multa o la sanción de expulsión del territorio español al extranjero infractor.

c) Multa o expulsión del territorio nacional. Carácter alternativo.

Expuesto lo anterior, y visto el carácter alternativo establecido en el art. 57.1 LOEX, de la imposición de la sanción de multa o la expulsión del extranjero del territorio español, en el supuesto de que el mismo haya incurrido en alguna de las infracciones descritas, al señalar dicho precepto “ *que cuando los infractores sean extranjeros..., podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción*”, la cuestión a examinar ahora sería dilucidar **en qué supuestos debe aplicarse al extranjero la sanción de multa o la de expulsión.**

El cuanto a la aplicación de la sanción de multa, diremos que el art. 55 LOEX establece las sanciones con las que habrán de ser castigadas las infracciones tipificadas en los tres artículos que le preceden, contemplando las siguientes: multa, expulsión del territorio español, decomiso y clausura de establecimiento o local.

Como se aprecia, la multa se prevé como sanción común para todas las infracciones en materia de extranjería. Concretamente en las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 500 euros; las infracciones muy graves con multa desde 10.001 hasta 100.000 euros, excepto la prevista en el artículo 54.2.b), que lo será con una multa de 5.000 a 10.000 euros por cada viajero transportado o con un mínimo de 750.000 euros a tanto alzado, con independencia del número de viajeros transportados. La prevista en el artículo 54.2.a) en relación con el artículo 66.1 lo será con una multa de 10.001 hasta 100.000 euros por cada viaje realizado sin haber comunicado los datos de las personas transportadas o habiéndolos comunicado incorrectamente, con independencia de que la Autoridad gubernativa pueda adoptar la inmovilización, incautación y decomiso del medio de transporte, o la suspensión provisional o retirada de la autorización de explotación.

En relación a la cuantía concreta a imponer al infractor, se hace eco el art. 55.3 LOEX del principio de proporcionalidad que debe regir la determinación de la concreta sanción a imponer en cada infracción, sea cual fuere esta, recogido con carácter general en el art. 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, estableciendo para la graduación de las sanciones los siguientes criterios de proporcionalidad: el grado de culpabilidad, el daño producido o el riesgo derivados de la infracción y su trascendencia. Añadiendo el apartado cuarto del mismo art. 55 LOEX. y el art. 249 REX, en su último párrafo, la capacidad económica del infractor como criterio para modular específicamente la cuantía de la sanción de multa a imponer, que habrá de ser tomada especialmente en cuenta, según dispone. Añadiendo el art. 222.3 del citado Reglamento *“para la determinación de la sanción que se imponga, además de los criterios de graduación a que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 55 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se valorarán también, a tenor de su artículo 57, las circunstancias de la situación personal y familiar del infractor”*.

Pero este principio de proporcionalidad de las sanciones no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues la discrecionalidad que se otorga a la Administración en la imposición de sanciones dentro de los límites legalmente previstos, debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporción entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad en relación con las circunstancias del hecho.

Dicha proporcionalidad constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y reduce el ámbito de sus potestades sancionadoras, pues al ámbito jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también el adecuar la sanción al hecho cometido, mediante la aplicación de criterios valorativos legal o reglamentariamente previstos o inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son, en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción (en este sentido, SSTTS, 3.^a, de 26 de septiembre y 30 de octubre de 1990, 6 de octubre de 1994, 30 de abril de 1995, y 30 de abril y 24 de septiembre de 1996, entre otras).

Por ello, la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción a imponer por la comisión de una determinada infracción se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta razonadamente y con la debida motivación, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector que esté afectado, y en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable, tal y como señala la STS, 3.^a, de 8 de octubre de 2001 (recurso de casación 60/1995).

Estas consideraciones generales, relativas a la vigencia del principio de proporcionalidad en la determinación de las sanciones a imponer en la resolución sancionadora, resultan igualmente aplicables al resto de las sanciones en materia de extranjería.

En relación a la sanción de expulsión, hemos de señalar que el precitado art. 57 LOEX, la contempla como alternativa a la multa para las infracciones muy graves y buena parte de las infracciones graves, pero lo cierto es que en la práctica la Administración acude más de lo deseable a su aplicación, tanto por meras razones de política en materia de inmigración, como por la baja capacidad económica que muestran generalmente los extranjeros autores de las infracciones sancionadas con multa, así como veremos, la sencillez y eficacia que caracteriza el procedimiento seguido en la mayor parte de los supuestos para la imposición de tal sanción. Y de este modo, la sanción de expulsión, que consideramos habría de reservarse para los supuestos de mayor gravedad, ha desplazado casi completamente a la de multa en la corrección de las infracciones para las que la ley prevé alternativamente ambas sanciones.

En este sentido debemos indicar, que la expulsión no tiene un carácter de medida excepcional, ni subsidiario respecto de la multa, lo que se desprende de la redacción literal del artículo 57 de la L.O. 4/2000, pues la palabra utilizada por el legislador en dicho precepto “podrá” excluye cualquier carácter subsidiario de esta sanción y en este sentido lo ha entendido la STSJ Valencia de fecha 11.7.2002, y la STSJ de Andalucía (sede Málaga) Sala Contencioso Administrativa, Secc. 1.^a, de fecha 4.12.03, n^o 3529/2003 cuando afirma que:

“La aplicación de los anteriores factores al supuesto de autos lleva a este Tribunal a apreciar que la resolución sancionadora impugnada no ha infringido el principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción de expulsión prevista en el art.57 de la vigente L.O. 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para los extranjeros infractores que realicen conductas tipificadas como muy graves, o graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del art.53 de la misma.

Concretamente el apartado a), recientemente modificado por L.O. 14/2003, de 20 de noviembre, considera infracción grave encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducado más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado, no hubiera solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente.

Efectivamente el art. 55 permite también imponer en caso de infracción grave la multa de 50.001 a 1.000.000 de pesetas, ahora bien deja sin duda al legislador la elección entre una y otra (expulsión o multa) al aplicador, pues no establece ningún criterio de graduación o preferencia entre las mismas (sí para las sanciones estrictamente pecuniarias) aunque conforme al art.97 del Reglamento de ejecución de la L.O. 4/2000 aprobado por R.D. 864/2000 , para la determinación de la sanción a imponer además de los criterios de graduación a que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 55 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la L.O. 8/2000 , se valorarán también, a tenor del art.57 de la misma , los circunstancias de la situación personal y familiar del infractor”.

De lo que se concluye, al igual que razonábamos cuando hablábamos de los criterios que debía tener en cuenta la Administración a la hora de fijar la cuantía de la multa a imponer por la comisión de una infracción, que en este supuesto también el órgano deberá ajustarse a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia, tal y como lo prevé el apartado tercero del artículo 55 de la L.O. 4/00.

Pero esto en definitiva, lo que viene a otorgar a la Administración es una regla de discrecionalidad para escoger entre la sanción pecuniaria y la expulsión del extranjero del

territorio nacional, y teniendo en cuenta, como ya se ha expuesto, que en la mayoría de los casos la capacidad económica del infractor es muy baja, por no decir nula, ello determina que la Administración acuda quizás con demasiada frecuencia a la sanción que el legislador ha previsto como alternativa, esto es, la expulsión del extranjero del territorio nacional, ante la escasa virtualidad disuasoria y eficacia ejemplificadora de la multa.

Desde otro punto de vista también puede señalarse que la aplicación del “principio de proporcionalidad”, al que antes hacíamos referencia, queda bastante comprometido cuando hablamos de la sanción de expulsión, por cuanto a diferencia de la sanción pecuniaria, esta por su propia naturaleza no admite graduaciones, salvo en lo relativo a la fijación del periodo de prohibición de nueva entrada en el territorio español, que toda expulsión conlleva consigo como efecto inherente (art. 58 L.O. 4/00), por lo que también deberán tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias de arraigo en España y la situación personal y familiar del infractor para optar por la expulsión frente a la sanción de multa, pues, qué duda cabe, que la sanción de expulsión resulta ser más gravosa para quienes presentan arraigo en España o circunstancias personales o familiares que determinen su estancia en nuestro país, siendo estas circunstancias las que inspiran precisamente la prohibición de expulsión que recogen los apartados 5 y 6 del art. 57 LOEX que más adelante examinaremos.

Por otro lado, una vez realizada la opción en favor de la sanción de expulsión, la determinación del período de tiempo de prohibición de entrada en territorio español, establecido en el art. 58 LOEX, que llega hasta los diez años, se verá presidida, igualmente, por los criterios de proporcionalidad antes expresados.

Y por último, la exigencia de motivación de la resolución administrativa donde se lleva a cabo la opción entre multa y expulsión, exigible en relación con cualquier acto administrativo, *ex* art. 54.1 a) LRJPAC, y, especialmente, cuando se trata de una resolución sancionadora, *ex* art. 138.1 LRJPAC, entendida como mecanismo de exteriorización de las razones que han conducido a la Administración a optar por una de las soluciones de entre las varias posibles, se presenta como elemento indispensable para posibilitar el control jurisdiccional sobre la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de esta a los fines que la justifican, que se encomienda a los Tribunales por el art. 106.1 de la Constitución en relación con su art. 103.1, y, en lo que aquí nos interesa, acerca de la sujeción de la opción expresada a las exigencias del

principio de proporcionalidad. Todo ello, al margen, claro está, de la trascendencia de tal exigencia de motivación para evitar indefensión del sancionado, pues sólo de concurrir podrá conocer las razones o motivos de la Administración en su actuar y articular, en consecuencia, adecuadamente sus medios de defensa.

d) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 23.04.2015. Análisis y crítica.

Análisis

Como hemos estudiado, en la normativa española - art. 57.1 LOEX- se establece una doble posibilidad de sanción a los inmigrantes que se encuentren en situación irregular, bien una multa o bien la expulsión del territorio nacional, dependiendo del análisis de las circunstancias concurrentes en la situación del extranjero en situación irregular reservando la expulsión, según doctrina jurisprudencial, para cuando concurren supuestos de especial gravedad.

Dicho esto, y contemplada la sanción de expulsión como alternativa a la multa, es de singular importancia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 23.04.2015 (asunto C-38/14)⁶⁴ y cómo esta va a afectar a nuestro ordenamiento jurídico, en relación a la sanción de expulsión de personas en situación irregular.

La Sentencia europea de forma breve, sencilla y clara considera que no se ajusta a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo de 16 de diciembre de 2008⁶⁵ la normativa española en materia de extranjería que permite la sustitución de la expulsión del extranjero que permanece ilegal en territorio español por la medida de la multa.

⁶⁴ En el asunto C-38/14, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, mediante auto de 17 de diciembre de 2013, recibido en el Tribunal de Justicia el 27 de enero de 2014, en el procedimiento entre Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa — Extranjería y Samir Zaizoune.

⁶⁵ que en su artículo 6.1 establece que “Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5”.

Y así el Tribunal europeo parte de señalar que “ *los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva y, como consecuencia de ello, privarla de su efecto útil*”, afirmando en el apartado 37, que no cabe una normativa como la española en la que la situación de irregularidad sea sancionable alternativamente con multa o expulsión, expresando que “ *Así, respecto a las disposiciones pertenecientes al acervo comunitario en materia de inmigración y de asilo que resulten más favorables para el nacional de un tercer país, contempladas en el apartado 2 de dicho artículo, es preciso señalar que ningún precepto de dicha Directiva ni ninguna disposición de un acto perteneciente al acervo comunitario permiten establecer un sistema que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí*”, concluyendo que “ *La Directiva (...) debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí*”.

En atención a lo expresado, esta sentencia del TJUE nos deja un preocupante escenario que lleva a pensar que no cabe que se imponga una multa al extranjero en situación irregular, debiendo ser sólo aplicable la expulsión del territorio nacional.

En nuestro país es práctica habitual imponer la sanción de multa a los ciudadanos extranjeros en situación irregular. Dicha práctica está amparada, como hemos expuesto, en los artículos 28.3 c), 53.1 a), 55.1a), 55.3 y 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009 que modifica la anterior para adaptarla a la normativa europea. De acuerdo a nuestra normativa interna, y en base al principio de proporcionalidad ante la infracción consistente en que una persona se encuentra en España en situación irregular, cabe la sanción de multa o la sanción de expulsión.

Hasta la fecha, la Jurisprudencia que ha ido marcando nuestro Tribunal Supremo desde 2005 ha sido que la sanción principal para la infracción de estancia irregular de los nacionales de terceros países es la multa, siempre que no concurren circunstancias

agravantes adicionales que justifiquen la sustitución de la multa por la expulsión del territorio nacional, es decir, ha dejado establecido que en los supuestos de mera estancia irregular en territorio español, ya sea por irregularidad inicial, ya lo sea por irregularidad sobrevenida, la sanción principal deberá ser la multa, y la sanción de expulsión deberá quedar reservada sólo para aquellos casos en los que, además de la estancia irregular, concurrieran otras circunstancias agravatorias.

Y si bien parece que esta jurisprudencia era la asumida por la mayoría de estudiosos de la materia, también hubo algún que otro autor ⁶⁶que criticó esta doctrina del T.S. sobre el carácter de la multa como sanción principal, afirmando que la multa no tenía carácter preferente con respecto a la expulsión, es más, concluyendo que ni siquiera eran sanciones alternativas, sino que la expulsión tenía un carácter preferente sobre la multa.

El TJUE en la sentencia referida considera que la interpretación ofrecida por nuestro Tribunal Supremo no es acorde con el derecho de la Unión Europea y señala que *"la obligación principal que la directiva impone a los Estados miembros es dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio"*, por lo que no sería posible según esta resolución el aplicar la sanción de multa que prevé nuestro ordenamiento.

La Directiva comunitaria plantea procedimientos comunes para el caso de personas de terceros países que se encuentren en situación irregular en la Unión Europea y establece que para ello los Estados miembros dictarán en un primer momento una *decisión de retorno*, y si la persona extranjera no la acata voluntariamente, se impone a los Estados miembros, con objeto de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno, la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para proceder a *la expulsión* del interesado.

En el ordenamiento español en el supuesto de retorno el sistema es menos garantista con los derechos de los extranjeros, ya que en la práctica para hacer efectivas las expulsiones en vez de utilizar el procedimiento administrativo ordinario que es el que más protege los derechos de los inmigrantes, este se lleva a cabo a través del

⁶⁶ LORENZO JIMENEZ, J.V. *"La expulsión de extranjeros por permanencia irregular en España: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo"* en el nº 20 de REDMEX. Marzo 2009.

procedimiento de urgencia, donde la decisión de retorno se ejecuta directamente a través de la expulsión, sin dar posibilidad al extranjero de que en un plazo determinado abandone voluntariamente el territorio español.

De este modo lo cierto es que se merma la tutela de los derechos de las personas en esta situación, que en muchos casos son internadas en los Centros de Internamiento de Extranjeros, pese a que o son inexpulsables o no dispone el Estado de los recursos suficientes para hacer efectiva la expulsión, dejando a estas personas en una situación de gran inseguridad jurídica.

Del análisis de la mencionada sentencia podemos concluir que es evidente que el TJUE en sus consideraciones ha sido muy determinante, por cuanto considera que una vez acreditada la irregularidad de la situación del extranjero, las autoridades deben adoptar una decisión de retorno, por cuanto ningún precepto de la directiva, ni ninguna otra disposición comunitaria permite establecer un sistema en este caso, de situación irregular de nacionales de terceros países de imponer, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa o bien la expulsión, siendo ambas excluyentes. Y además porque los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por la Directiva que es establecer una política eficaz de expulsión y repatriación.

Crítica a la Sentencia TJUE de 23.4.2015.

Decisión esta del Tribunal Europeo que puede tener un importante alcance, pues podría llegar a obligar a modificar nuestra legislación de extranjería en este tan importante aspecto, pero que consideramos totalmente criticable, pues la solución e interpretación más adecuada y respetuosa con los Derechos Humanos sería justificar la viabilidad de permitir la regularización de estos extranjeros, en base a circunstancias humanitarias que aconsejen que puedan incorporarse al sistema de manera que puedan residir y trabajar y contribuir al Estado de derecho.

Por otro lado concluimos que el contenido de la referida sentencia no afecta a la actual doctrina establecida por el TS en los supuestos de mera estancia irregular, que, en esencia, responden a la aplicación a los procedimientos de extranjería de los principios de proporcionalidad y motivación de las resoluciones que se adopten por la autoridad gubernativa, y que, en consecuencia, la conjunta aplicación de los arts. 53.1.a) y 55.1.b)

de la L.O. 4/2000 (que reservan la sanción de multa para la mera estancia irregular) en relación con el art. 24.1 y 2 del R.D. 557/2011 (que establecen la salida obligatoria con la advertencia de su cumplimiento voluntario en el plazo que se determine, con una extensión máxima de quince días) es conforme con las previsiones de los arts. 6.1 y 8.1 de la Directiva 2008/115, y que deben seguir teniéndose en cuenta en virtud de la vigencia constitucional del principio de proporcionalidad o simplemente de la superioridad jerárquica de otros valores jurídicos distintos y que en estos casos puedan aparecer como contrarios al derecho y obligación del Estado al control de flujos migratorios, tales como los derechos de los menores, las familias, el derecho de asilo y el principio de no devolución...

También debemos señalar ⁶⁷ que la conclusión a la que llega la STJUE no parece acertada en cuanto parte de una premisa incompleta, pues aun siendo cierto que, como se repite en varias ocasiones en la STJUE, *“la normativa nacional ... permite sancionar la situación irregular de un extranjero ... con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión”*, resulta incompletamente planteada la cuestión al emplearse el adverbio *“exclusivamente”* al acotar la sanción de multa, ya que la declaración de estancia irregular con sanción de multa que permite imponer la LOEX. a las situaciones de mera estancia irregular (lo que constituye la decisión de retorno que se describe en el art. 3.4 de la Directiva) tiene implícita la consecuencia de apercibimiento de salida del territorio nacional en el plazo que se establezca en la resolución sancionadora que, en todo caso, será por un máximo de quince días, con advertencia de expulsión (art. 24.1 y 2 del R.D. 557/2011) con lo está claro que se da observancia a la previsión del art. 7.1 de la Directiva.

Por otro lado, en puridad en nuestro sistema jurídico la resolución gubernativa que sanciona la “mera estancia irregular” no sólo contiene una multa económica (que es la premisa incompleta de la que se parte en la STJUE), sino que conlleva asimismo e imperativamente “la obligación legal de abandono del territorio español en el plazo de 15 días naturales, con la advertencia de sanción de expulsión en caso de incumplimiento de dicha obligación”, por lo que la precisión de que la sola estancia irregular no está “exclusivamente” sancionada con multa, sino que, además, la sanción incluye la obligación de salida del territorio nacional en el plazo que se establezca en la resolución

⁶⁷ siguiendo la circular 1/2015 de la Subcomisión de Extranjería del CGAE “Argumentario a la Sentencia de 23 abril 2015 del TJUE” de fecha 25 de mayo de 2015.

sancionadora, con la advertencia de sanción de expulsión en caso de incumplimiento de dicha obligación, permite matizar la cuestión planteada y la respuesta dada por el TJU, pues lo excluyente en el momento inicial de la fijación de la sanción por la estancia irregular -multa/expulsión- no impide lo sucesivo en el tiempo, pues si el sancionado con multa por estancia irregular no da cumplimiento voluntario dentro del plazo que se le confiera a la obligación de salida del territorio nacional, será expulsado, resultando con ello respetada la previsión del art. 8.1 de la precitada Directiva.

Así mismo hay que añadir que con la imposición de la sanción de multa a la estancia irregular del extranjero, la decisión de retorno no se aplaza, sino que la “orden de retorno o de salida obligatoria” acompaña a la propia sanción de multa, y lo que queda para una segunda fase, tal y como señala la Directiva en su art. 8.1, es su ejecución en caso de incumplimiento mediante el correspondiente procedimiento de expulsión.

En consecuencia la Directiva 2008/115 a lo único que obliga en los supuestos de mera estancia irregular, es que se permita en el procedimiento la posibilidad de que el extranjero pueda ejercer la opción de salida o retorno voluntario, y sólo en caso de incumplimiento deberá abrirse la segunda fase de ejecución o expulsión, por lo tanto la previsión del Derecho español de sancionar la estancia irregular con multa con el apercibimiento de abandono voluntario (en realidad salida obligatoria o imperativa) del territorio nacional en el plazo que se establezca, con un plazo máximo en todo caso de quince días, es acorde con los arts. 6.1 y 8.1 de la Directiva.

Y proveyendo nuestro ordenamiento dos procedimientos para los supuestos de estancia irregular en nuestro país (el ordinario y el preferente), deberá ser aplicado en este caso el procedimiento ordinario que ofrece la posibilidad del retorno voluntario del extranjero ordenado por la Directiva y sin prohibición de entrada, pues la aplicación del procedimiento preferente al impedir esta posibilidad va en contra del contenido de la Directiva, por lo que de aplicarse por el tribunal este último tipo de procedimiento debería plantearse la nulidad del mismo, por vulnerar el derecho del extranjero expedientado a optar por la salida voluntaria en caso de producirse una definitiva decisión de retorno, derecho este como hemos mencionado, recogido en la citada Directiva .

II.2 La expulsión gubernativa como accesoria por la condena de delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a un año. (L.O. 4/2000, art. 57.2)

a) Naturaleza jurídica.

Establece el artículo 57.2 de la L.O. 4/2000 que *“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”*

En cuanto a la naturaleza jurídica de este supuesto hemos de indicar que se configura como una mera sanción administrativa que responde a la infracción administrativa tipificada en el referido art. 57.2, cuya exigencia de responsabilidad requerirá una previa condena penal firme.

Esta medida, por tanto, no puede ser considerada como una verdadera pena, sino como una sanción administrativa, lo que viene avalado por el art. 226 REX al señalar dicho precepto como necesario para su imposición, la correspondiente tramitación del procedimiento sancionador ordinario. En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 242/1994, de 20 de julio, viene a indicar que no se concibe este supuesto como una modalidad del ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como una medida frente a una conducta incorrecta del extranjero en el Estado en que legalmente reside, que se impone en el marco de la política criminal vinculada a la política de extranjería⁶⁸.

El precedente legal del actual art. 57.2 cuya redacción proviene de la Ley Orgánica 8/2000, se encuentra en la infracción administrativa tipificada en el art. 26.1 de la derogada Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. De modo que la Ley Orgánica 8/2000 resucita tan polémica medida sancionadora, impuesta al margen de la condena penal, que lleva aparejada la comisión de la infracción penal expresada en el seno del procedimiento administrativo tramitado al efecto.

⁶⁸ En iguales términos, STS, 3.^a de 16 de octubre de 2001 (recurso de casación 5839/97).

La finalidad del precepto, no exenta de críticas, es sin duda, impedir la residencia en España de quienes han perpetrado aquellos ilícitos penales por meras razones de política criminal y de extranjería en consonancia con lo dispuesto en el art. 31.4 LOEX, el cual con remisión al art. 36 y siguientes de la ley, exige la ausencia de antecedentes penales para la concesión de la autorización de residencia temporal a los extranjeros, y posibilita la concesión del tal autorización, excepcionalmente, a extranjeros condenados por la comisión de un delito, cuando hubieran cumplido la condena impuesta, hubiesen sido indultados o se hallaren en situación de remisión condicional de la pena, limitándola a aquellos supuestos no contemplados en el art. 57.2 LOEX, es decir, a aquellos casos en que la condena penal no tuviere por causa la comisión de delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

b) Supuestos en que procede. Precisiones.

A diferencia del anterior supuesto en el que la expulsión del extranjero venía dada por la comisión de una infracción administrativa muy grave -art. 54 LOEX- o alguna de las infracciones graves -art. 53.1. a), b),c),d) y f)-, cuando en lugar de imponerle la sanción de multa, se optaba por la expulsión del territorio nacional, en el caso previsto en el art. 57.2 LOEX, en el presente supuesto de hecho, la causa de la expulsión, viene dada por una condena previa por un delito doloso, sancionado con una pena privativa de libertad superior a 1 año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados, siendo indiferente que el delito se haya cometido en nuestro país o en un país extranjero, pues en este último caso también cabe la expulsión; no haciéndose referencia en este supuesto, al igual que en el establecido en el art. 57.1 LOEX, a la distinción entre la residencia legal o no del extranjero.

Abundando en lo expuesto y volviendo al apartado referente a la naturaleza jurídica de este supuesto, algún autor ha expuesto⁶⁹ que si atendemos a una interpretación literal de la norma, podríamos llegar a la conclusión de que en realidad lo que se está contemplando en el mismo es una medida sustitutiva del cumplimiento de las penas privativas de libertad superiores a un año, medida sustitutiva de naturaleza administrativa, dado que el texto del artículo citado hace referencia al “*extranjero condenado*”, sin que mencione expresamente que sea necesario que, además de haber

⁶⁹ MASSO GARROTE, M.F., “El nuevo régimen de extranjería”, La Ley. Madrid, 2001.

sido condenado haya cumplido la condena impuesta.

En este sentido, afirma Muñoz Lorente ⁷⁰ *“que si se trata de un delito cometido en nuestro país, el precepto no establece clara y expresamente que la expulsión se haya de llevar a cabo con posterioridad a la condena y al cumplimiento de la pena - extremo este que, como veremos sí queda claramente establecido en el art. 57.8- , con ello, hipotéticamente, se podría llegar a sostener que si el extranjero delincuente – reitero, con residencia legal o ilegal- es detenido por la autoridad gubernativa con posterioridad a la condena, pero antes de que se empiece a ejecutar, también cabría la expulsión”*.

Sin embargo, a la opinión expuesta hay que hacer algunas objeciones que consideramos más acertadas con el espíritu de nuestra Constitución, y en concreto con la potestad jurisdiccional, que alcanza no sólo a la facultad de juzgar, sino también la de ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), pues la referida interpretación dejaría en manos de la autoridad administrativa la ejecución o no de lo resuelto en una sentencia judicial firme.

Y así mismo aunque pudiera venir avalada esa tesis por otras previsiones normativas como la establecida en la Disposición Adicional 17ª de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, que obliga a los órganos judiciales a comunicar a la autoridad gubernativa las condenas impuestas a extranjeros por delitos dolosos castigados con penas privativas de libertad superiores a un año “a los efectos de incoación del correspondiente expediente sancionador” ⁷¹; parece que de esta previsión normativa cabe deducir que el expediente de expulsión se puede, y debe, incoar desde el momento mismo en que se recibe la comunicación por parte de la autoridad gubernativa—momento en el cual no necesariamente se puede haber empezado a ejecutar la pena privativa de libertad—, sin necesidad de esperar para tal incoación al momento en que el sujeto finalice la condena.

⁷⁰ MUÑOZ LORENTE, J. “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el art. 89 del CP tras su reforma por L.O. 11/2003”, Revista de Derecho Penal y Criminología, número 2, 2004.

⁷¹ Esta obligación de comunicación por parte de los jueces a la autoridad gubernativa, ya se encontraba prevista en el Reglamento de Extranjería (Real Decreto 864/2001, de 20 de julio) pero fue anulada por la STS, Sala 3ª, de 20 de marzo de 2003, por tratarse de una imposición a los jueces y tribunales que alteraba su Estatuto sin tener, como Reglamento que era, jerarquía normativa para operar tal alteración. En consecuencia, lo que se hizo fue volverla a introducir a través de la Disposición Adicional 17ª de la Ley Orgánica 19/2003, estando vigente en la actualidad.

Con todo, y como señala también el referido autor, si no se ha decretado por la autoridad judicial la expulsión conforme al artículo 89 CP, la posible expulsión administrativa vía artículo 57.2 después de la condena, pero antes del comienzo de la ejecución de la misma por parte del extranjero, podría constituir un delito de encubrimiento en la medida en que se ayuda al extranjero a sustraerse a la responsabilidad penal

Por otro lado y para reafirmar lo expuesto, podemos añadir que al referirse el precepto a delitos dolosos, castigados con penas superiores a un año de privación de libertad, se estaría estableciendo un límite mínimo de las penas a sustituir, pero no un máximo, lo que supondría que la Administración podría aplicar esta “sustitución” a penas previstas para delitos muy graves, por lo que no podemos más que concluir que no creemos que haya sido este el espíritu del legislador, sino que más bien el artículo 57.2 LOEX debe ser aplicado, en su caso, una vez se ha agotado la función jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado, siendo esta sanción administrativa, accesoria a la condena por delito⁷² .

En cuanto al momento preclusivo de la aplicación de dicha sanción, lo será hasta que se hubieran cancelado los antecedentes penales o hayan podido serlo, conforme a lo establecido en el artículo 136.5 C.P., por lo que podría concluirse que la causa de la expulsión del art. 57.2 LOEX se encuentra en la posesión de antecedentes penales, y que el plazo temporal para la expulsión del extranjero en este supuesto va desde el momento en que haya cumplido la pena de privación de libertad, hasta el de la cancelación de los antecedentes penales en el Registro Central de Penados y Rebeldes, o hasta el momento que aun no estando cancelados, lo pudieran estar conforme a la legislación penal.

Por otro lado, no queremos finalizar este tema sin poner el precepto objeto de estudio (art. 57.2 LOEX) en relación con el art. 31.5 LOEX, que viene a exigir como requisito para autorizar la residencia temporal de un extranjero, “*el carecer de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español...*”, por lo que aun después de haber sido extinguida y cumplida la pena a la que fue condenado el extranjero, este no podrá

⁷² FERNANDEZ AREVALO, L. “Tutela judicial del extranjero: examen especial de la tutela del derecho a la libertad en el marco de las medidas reprobatorias” .Seminario de Fiscales Especialistas en Extranjería. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, Madrid 2004.

acceder a la residencia en territorio español hasta que no sean cancelados o cancelables los antecedentes penales derivados de dicha condena, conforme a lo establecido en el art. 136 C.P., de lo que se concluiría a primera vista que durante ese periodo, no sólo no podría obtener permiso de residencia, sino que además podría ser expulsado por la causa examinada del art. 57.2 LOEX.

Pero si examinamos detenidamente ambos preceptos, observamos una extensión diferente en cada uno de ellos de los antecedentes penales, pues el art. 31.5 LOEX habla de “*antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español*”, mientras que el art. 57.2 del citado texto legal apunta a “*la comisión y condena, dentro o fuera de España, de un delito doloso, que constituya en España delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año*”, lo que lleva a otra interpretación, esto es, que solamente aquellos extranjeros que reúnan las características del art. 57.2 serán los que no podrán obtener el permiso de residencia y de esa manera serán objeto de expulsión, por lo que no sería obstáculo para la obtención de dicho permiso, la posesión de antecedentes penales por un delito imprudente, ni los antecedentes por un delito doloso castigado en nuestro país, con pena privativa de libertad inferior a un año⁷³.

c) **Principio “non bis in idem”.**

En este supuesto cabría preguntarse si la expulsión de un extranjero que ya ha sido condenado por un delito ¿ **no** supondría la **vulneración del principio “non bis in idem”**, pues se castigaría doblemente al extranjero por un mismo hecho imponiéndole por una parte una pena privativa de libertad por la comisión del delito, y a su vez, por esa misma conducta, una sanción administrativa, cual es la expulsión del territorio nacional, es decir, la expulsión no se aplicaría en este supuesto por la comisión de una infracción, sino como efecto unido a la comisión de un delito por el cual ya se ha impuesto al sujeto la pena correspondiente. Y si la valoración de si existe duplicidad sancionadora requiere comprobar si existe la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, en lo dispuesto en el art. 57.2 LOEX es evidente que la identidad del hecho, pues el motivo de la expulsión es el pronunciamiento penal previo, materializado en una sentencia condenatoria, lo que presupone la existencia de un hecho ya castigado

⁷³ TORRES FERNANDEZ, M. E. “La expulsión de extranjeros en el Derecho Penal”, La Ley, 2012

penalmente, pero en todo caso deberíamos plantearnos también si ¿no se incumpliría con ello la finalidad que constitucionalmente otorga el artículo 25.2 de la C.E. a las penas privativas de libertad, que no es otra que la reeducación y la reinserción social?.

Como respuesta a ello la doctrina del Tribunal Constitucional ha señalado que son distintos los fines y fundamentos del Derecho Penal y del Derecho de Extranjería pues atienden a intereses diferentes, y así una cosa es que una conducta acarree la privación de libertad y otra el derecho del penado a residir en España, derecho este que se encuentra condicionado legalmente al requisito de no cometer delito doloso de cierta gravedad.

La jurisprudencia constitucional - SSTC 2/1981, 159/1985, 23/1986, 66/1986, 94/1986, 107/1989, 122/1990 150/1991...- define el principio "*non bis in idem*" como la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración del ejercicio del "*ius puniendi*" del Estado. Y de ello deduce el Alto Tribunal -y así se consigna de manera expresa en la STC 270/1994- que el principio de prohibición del *non bis in idem* no imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes, como sucede entre el ilícito penal y la infracción administrativa, cuando las sanciones distintas vengan justificadas por la necesidad de una protección adicional dirigida a la preservación de distintos bienes jurídicos.

Este mismo criterio de admisibilidad constitucional de la doble sanción penal y administrativa se ha aplicado por el Tribunal Constitucional cuando concurren sobre una misma persona cuya situación jurídica se ve afectada por una relación administrativa de sujeción especial, siempre que, así mismo, no sea coincidente el fundamento de ambas sanciones - SSTC 2/1981, 77/1983, 159/1985, 112/1990-. Auto TC 331/1997, de 3 de octubre ⁷⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha justificado la línea seguida por el Tribunal Constitucional, (SSTS, 3.ª, de 29 de noviembre y 21 de diciembre de 2004,

⁷⁴ en el que se considera que no resulta vulnerado el principio *non bis in idem* debido al distinto fundamento de las sanciones: "la pena de prisión le ha sido impuesta en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes»

recursos de casación 4215 y 6018 de 2001; de 21 de junio de 2002, recurso de casación 8311/98; de 19 de noviembre de 2002, recurso de casación 4995/98, y de 1 y 2 de marzo de 2003, recursos de casación 5495 y 5235 de 2001) y ha estableciendo que el principio non bis in idem no impide que una condena penal por delito doloso pueda ser considerada también como causa de expulsión de un extranjero del territorio nacional, pues, según establece el Auto del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 1997, la expulsión del territorio nacional de un extranjero como sanción responde a fines y fundamentos diferentes a las penas por la comisión de delitos, ya que éstas se imponen en el marco de la política criminal del Estado, mientras que aquella se acuerda en el marco de la política de extranjería, siendo estos dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes.

Significativa en esta línea, entre otras, es la STSJ del País Vasco, Sala Contencioso Administrativo, Secc. 3ª, de fecha 1.6.00, nº 506/2000, en cuyo fundamento de derecho quinto recogiendo la citada jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional indica:

“ que en estos supuestos no es de apreciar la infracción de la garantía del "non bis in idem", al indicar que “la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, desde la sentencia 2/1981, tiene reconocido que el principio "non bis in dem" aunque no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa ha de entenderse integrado en los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones que acoge el artículo 25.1 de la Constitución.

En términos de principio general, el artículo 133 de la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, sobre Procedimiento Administrativo Común, acoge la garantía de la prohibición del bis in idem entre sanciones penales y administrativas, sólo y exclusivamente, para los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.

No ofrece duda que el supuesto de expulsión de persona extranjera previsto en el artículo 26.1 d) de la Ley Orgánica 7/1985⁷⁵ responde a esta lógica, ya que su lícita aplicación comporta siempre que la comisión por un mismo sujeto de una única conducta dolosa constitutiva de delito de una determinada gravedad -sin otra

⁷⁵ Anterior Ley de Extranjería, L.O. 7/1985 de 1 de julio.

excepción que el supuesto de cancelación de antecedentes penales - lleva aparejada una doble responsabilidad de orden penal y de orden sancionador administrativo sustentada sobre distinto fundamento jurídico. Así, el bien jurídico protegido que habilita el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora no se corresponde con el protegido por el Código Penal sino que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 25 de la Ley Orgánica 7/1985, en el supuesto de la infracción administrativa, la sanción se dirige a preservar el eficaz cumplimiento de las obligaciones impuestas a los extranjeros por la propia Ley y por las disposiciones que la desarrollen.

En este sentido, la condena por la comisión de una acción delictiva dolosa de una cierta gravedad, supone la transgresión de alguno de los bienes o derechos constitucionalmente protegidos mediante la tipificación de las figuras delictivas para cuyo restablecimiento el Código Penal habilita la intervención punitiva del más extremo poder coactivo estatal. A su vez, la inadecuación de la conducta a esa "Constitución en negativo" preservada por la política criminal constituye una alteración esencial de la situación personal de la persona extranjera que no puede dejar de generar una imputación objetiva de responsabilidad administrativa.

A partir de esta premisa, sin embargo, la aplicación de los principios de legalidad de tipicidad administrativa requiere que se establezca la correlación entre el hecho sancionable - la incursión en condena penal - y la preservación del bien jurídico protegido por la sanción administrativa que es el cumplimiento de las obligaciones legalmente impuestas a los extranjeros en España”.

Por su lado el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso, Sección 2ª, en su sentencia 22/2014, de 20 de enero de 2014, y abundando en lo ya se ha expuesto, viene a indicar que “ ...no hay infracción al principio "non bis in idem", pues, se trata de diferentes respuestas dadas por el ordenamiento jurídico en protección de diferentes bienes jurídicos, y como se ha dicho, mediante la sentencia condenatoria por un delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, se produce el incumplimiento de la condición y por ello la respuesta desde la Administración en el sentido de ordenar la expulsión del extranjero es ajustada al ordenamiento jurídico. Pues así señala textualmente el Tribunal Constitucional en la sentencia 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, al resolver el recurso de

inconstitucionalidad núm. 1707/2001, interpuesto contra la Ley Orgánica 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, al resolver la impugnación que se hacía del art. 57.2 de la citada Ley, expresando que al margen pues de la naturaleza de la expulsión prevista en el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, lo determinante para rechazar la impugnación del precepto es la falta de identidad entre el fundamento de aquella medida y el fundamento de la sanción penal prevista en el mismo, que como se ha dicho constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem. El precepto establece una expulsión gubernativa, previa la tramitación del correspondiente expediente, siendo la "causa de expulsión" que el extranjero haya sido condenado penalmente dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con la pena privativa de libertad superior a un año. Pues bien, debe señalarse que las dos medidas no responden a un mismo fundamento porque persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes. En este sentido, hemos declarado que la exigencia de un fundamento diferente requiere que cada uno de los castigos impuestos a título principal estuviesen orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, dignos de protección cada uno de ellos en el sentir del legislador o del poder reglamentario (previa cobertura legal suficiente) y tipificados en la correspondiente norma legal o reglamentaria (respetuosa con el principio de reserva de ley). O, expresado en los términos de la STC 234/1991, de 10 de diciembre, no basta simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera, el principio "non bis in idem" no tendría más alcance que el que el legislador (o en su caso el Gobierno, como titular de la potestad reglamentaria) quisieran darle. Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado' (FJ 2)" (STC 188/2005, de 4 de julio, FJ 5)".

Por otro lado, el debate centrado, como hemos expuesto, en dilucidar si la sanción penal (condena) y la sanción administrativa (expulsión) se refieren a los mismos hechos,

ha sido también resuelta por la STSJ País Vasco 236/2007 de 7 de noviembre, al señalar textualmente “ que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes”, por lo que se niega rotundamente la vulneración del principio *non bis in idem* por faltar la triple identidad de la infracción sancionada, al considerar que falta la igualdad de fundamento, en tanto que la condena penal castiga la comisión de un hecho considerado delito, mientras que la expulsión, basada en la condena previa, supone el modo de dar eficacia al requisito legal de la permanencia en el territorio nacional de los extranjeros, consistente en no haber cometido delito de cierta entidad, y así entendido esto - continua exponiendo la citada resolución- que la expulsión administrativa por poseer antecedentes penales, no constituye una nueva infracción, sino la reacción del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento de los requisitos que el Estado puede, en ejercicio de su soberanía, imponer a los extranjeros que pretendan establecerse en su territorio”.

En apoyo de esta doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, podría apuntarse también el argumento de que pudiendo el legislador sancionar con la expulsión conductas infractoras de diferente naturaleza y entidad, con mayor motivo resulta justificado que se aplique la expulsión con ocasión de la comisión de un delito.

Pero también podría argumentarse en sentido contrario al indicado, como así lo hace un amplio sector doctrinal ⁷⁶, que si el delito ya ha sido castigado no hay razón para aplicar una sanción administrativa adicional, sanción esta que por otro lado nunca se impondría a un español que hubiese cometido el mismo delito y se le hubiera impuesto la misma pena, pues otra cosa es que en el supuesto de delitos cometidos por extranjeros pueda resultar procedente su expulsión del territorio nacional como pena alternativa a la pena de prisión, tal y como se recoge en el artículo 89 del C.P., pero esto es muy distinto al supuesto que nos ocupa, en el que el extranjero que comete un delito debe sufrir además de la pena de privación de libertad, una sanción administrativa adicional, debiendo concluirse que el fundamento para la imposición de ambas

⁷⁶ MUÑOZ LORENTE, J.: *La nueva configuración del principio non bis in idem*, Madrid, 2001, *Passim*.

ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», en VV.AA., *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*. Valencia. Tirant lo Blanc 2002; RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal», en *Jueces para la Democracia*, núm. 33, 1998

sanciones -privativa de libertad y expulsión conforme al artículo 57.2 LOEX- sí es el mismo, esto es, el haber cometido un delito doloso tipificado con una pena privativa de libertad superior a un año, así como recordarse incluso que la expulsión vía artículo 57.2 LOEX se puede imponer tanto a los extranjeros residentes legales como a los extranjeros residentes ilegales; por lo que en definitiva, el fundamento de esa expulsión -de esa segunda sanción administrativa que se impone con posterioridad al cumplimiento de la sanción penal- no reside en la situación de legalidad o ilegalidad de la residencia, sino, como se ha dicho, única y exclusivamente en la comisión de un delito doloso conminado con más de un año de privación de libertad. Además, el sujeto y los hechos son los mismos, con lo cual concurre totalmente la triple identidad que da lugar a la vulneración del principio *non bis in idem*.

De todas formas dejamos apuntado que esta cuestión, que nuestro Tribunal Constitucional ha ventilado de manera tan contundente, en otros ámbitos europeos, es objeto de un vivo debate.

II.3 La expulsión gubernativa con posterioridad al cumplimiento de la pena de prisión. (L.O. 4/2000, art. 57.8)

Y por último, no queremos acabar este apartado sin hacer referencia al art. 57.8 LOEX, que recoge la expulsión automática de aquellos extranjeros, explicitando “sean residentes o no”, que hayan cometido unos determinados delitos, una vez cumplida la pena de prisión, y así indica dicho precepto que “*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*”, delitos que son los tipificados como delitos contra los derechos de los trabajadores (traficar de manera ilegal con mano de obra y promover, favorecer o facilitar la emigración o inmigración), norma esta que consideramos no deja de ser una especificación de lo prevenido en el art. 57.2 LOEX, donde se habla en genérico de delitos dolosos castigados con pena de prisión superior a un año, en cuanto este tipo de delitos a que hace referencia el apartado octavo conllevan siempre pena de privación de libertad superior a un año.

En este supuesto volveríamos a plantearnos nuevamente la vulneración o no del principio *non bis in idem*, por cuanto la expulsión se basa únicamente en la comisión

previa de estos determinados delitos, remitiéndonos a lo ya expuesto a fin de no resultar reiterativo.

En relación a la automaticidad de la expulsión, esta se desprende del tenor literal de la norma, lo que supondría la ejecución de la misma por parte de la Administración, a la cual tan solo le bastaría constatar la existencia de una previa condena penal, sin necesidad de incoar, ni tramitar un previo proceso administrativo, lo cual ha sido negado por algún autor ⁷⁷ por considerar que pese a esta dicción literal y dado que se ha negado la naturaleza sancionadora de la causa de expulsión del art. 57.2 LOEX, pues no se describe un ilícito al que se liga la imposición de una sanción, lo procedente es exigir también en este caso la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo contradictorio, en el que se pueda valorar la condena firme por uno de esos delitos y su efectivo cumplimiento, y ello con independencia de que el extranjero sea residente o no en España, tal y como concreta el artículo, a diferencia de lo preceptuado en el art. 57.1 y 2 LOEX en el que como veíamos tan solo se hacía una referencia genérica al extranjero sin aludir a la situación administrativa del mismo, lo que conllevaría inevitablemente en caso de ser el extranjero residente en nuestro país, a la no renovación de la autorización de su permiso de residencia (art. 31.7 LOEX).

Por otro lado, lo expuesto está directamente relacionado, como se estudiara, con el anterior art. 89.7 C.P., en donde se veda al juez o tribunal la posibilidad de sustituir las penas privativas de libertad impuestas a un extranjero por su expulsión del territorio español, cuando el mismo haya sido condenado por la comisión de los delitos que se refieren los artículos 312,313 y 318 bis) del Código Penal y que la reforma del Código Penal operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, ha ampliado al delito previsto en el art. 177 bis relativo a la trata de seres humanos (art. 89.9).

III. ORGANO SANCIONADOR.

Según refiere el artículo 55.2 de la L.O. 4/2000, la imposición de sanciones por las infracciones administrativas establecidas en la referida Ley Orgánica corresponderá al Subdelegado del Gobierno o al Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas

⁷⁷ LOPEZ GONZALEZ, J.L. “Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”. El nuevo derecho de extranjería. *Estudios acerca de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Rodríguez Benot, A y Hornero Méndez, C., Coordinadores. Granada 2001.

uniprovinciales, debiendo ser notificada la resolución de expulsión al interesado con indicación de los recursos que contra la misma se pueden interponer, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para presentarlos (art. 57.9 L.O. 4/00).

IV. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

El ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas previstas en la LOEX se tramitará a través de diferentes procedimientos, aplicable cada uno según el caso, sin perjuicio de la aplicación del procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones del Orden Social para determinadas infracciones previstas en la LOEX.

En cuanto al procedimiento sancionador se encuentra su regulación en el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la L.O. 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la L.O. 2/2009, en su Título XIV, bajo la rúbrica “*Infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*”, en el que se establecen diferentes modalidades de tramitación, distinguiendo entre un procedimiento ordinario, uno preferente y un procedimiento simplificado, según proceda conforme a lo dispuesto en dicha Ley Orgánica y en dicho Reglamento, estableciéndose así mismo diferentes normas procedimentales para la imposición de multas y expulsión.

El artículo 63 de la L.O. 4/2000 recoge un “procedimiento preferente” para la tramitación de los expedientes de expulsión cuando se trate de las infracciones muy graves o de las infracciones graves a que se refieren los apartados a) y b) del artículo 54.1, artículo 53. 1 d) y f), artículo 57.2 y del artículo 53.1 a) si concurren en este caso las circunstancias previstas en el citado artículo 63.1, y un procedimiento ordinario, aplicable a la expulsión de extranjeros que no se encuentren en los supuestos descritos (art. 63 bis L.O. 4/00).

Y tales procedimientos, tal y como dispone el art. 20 LOEX, han de respetar las garantías previstas en la legislación general sobre procedimientos administrativos, especialmente en lo relativo a la publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones.

IV.1. Garantías jurídicas del extranjero.

Por otro lado, también deberán observarse una serie de garantías jurídicas de los extranjeros frente a la Administración sancionadora que tienen por objeto asegurar el eficaz ejercicio por aquellos de los derechos que ostentan ante dicha Administración, tales como el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la asistencia de intérprete, entre los más importantes.

Derecho a la tutela judicial efectiva con independencia de su situación en el territorio español, como recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 81/2000, de 27 de marzo, que desde la sentencia 18/1981, de 8 de junio, ha venido declarando no sólo la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del art. 25.1 de la Constitución, considerando *que "los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado"*. Por lo que siguiendo la STS, 3ª, de 27 de enero de 2003 (recurso contencioso-administrativo 494/1999), que recoge la doctrina en esta materia del Tribunal Constitucional, cabe citar como aplicables, sin ánimo de ser exhaustivo, el derecho de defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados, con la prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; el derecho a la presunción de inocencia; y el derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados para la defensa, del que deriva la obligación de motivar la denegación de los medios de prueba propuestos.

Dentro de estas garantías procesales constitucionalizadas en el apartado segundo del art. 24 de la Constitución, ocupa un papel predominante el derecho a la presunción de inocencia, en virtud del cual nadie puede ser condenado o sancionado administrativamente sin una mínima actividad probatoria, lícita y legítimamente obtenida, que demuestre la culpabilidad del imputado .

En relación con el principio de presunción de inocencia, que rige en esta materia, se ha declarado que para que los atestados o actuaciones policiales que reflejan o expresan determinados hechos que consideran demostrados como resultado de las averiguaciones, resulten hábiles para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al expedientado, se requiere que cumplan con las siguientes exigencias: a) precisar los concretos medios personales o materiales que, a lo largo de las averiguaciones, han llevado al conocimiento de tales hechos, y b) describir esos hechos objeto de prueba de manera circunstanciada, señalando con claridad el tiempo y el lugar en que ocurrieron, e identificando de manera inequívoca la persona a que son referidos (SSTS, 3.a, de 24 de octubre de 2002, recursos de casación 9978, 10.097 y 10.876 de 1998).

Así mismo, el art. 22 LOEX, en su apartado primero, reconoce a los extranjeros que se hallen en España y carezcan de recursos económicos suficientes, según los criterios establecidos en la normativa sobre asistencia jurídica gratuita, el derecho a tal asistencia en los procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o a su expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo, con independencia de que sean o no residentes legalmente en España, en virtud de la reforma operada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que suprimía el requisito de residencia para ser acreedor de tal derecho ⁷⁸.

El derecho a la asistencia de intérprete se reconoce para los supuestos en que el extranjero no comprende o habla la lengua oficial que se utiliza. Dicho derecho se reconoce también en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 [art. 6.3 e)] y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 [art. 14.3 f)], y acompaña al derecho a asistencia gratuita, según revela el art. 22 LOEX. que parece vincular su goce en forma gratuita a la exigencia de hallarse el extranjero en España y carecer de recursos.

IV.2. Tipos de procedimientos.

El procedimiento sancionador se iniciara de oficio por el órgano competente o por denuncia, siendo competentes para la incoación del mismo, según dispone el artículo

⁷⁸ inconstitucionalidad y nulidad de dicha referencia a la residencia legal del extranjero que ya había declarado la Sentencia del TC 236/2007, de 7 de noviembre.

219 del citado Reglamento, los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, los Subdelegados del Gobierno, los Jefes de Oficinas de Extranjería, el Comisario General de Extranjería y Fronteras, el Jefe Superior de Policía, los Comisarios Provinciales y los titulares de las comisarías locales y puestos fronterizos.

Así mismo dispone el siguiente artículo (220 del mencionado reglamento) que en el acuerdo de incoación del procedimiento se nombraran un instructor y un secretario que deberán ser funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, sin perjuicio de que tales nombramientos puedan recaer en otros funcionarios de las Oficinas de Extranjería, cuando se trate de procedimientos sancionadores que se tramiten por las infracciones leves e infracciones graves de los párrafos e) y h) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

a) **Supuestos en los que procede el procedimiento ordinario. (art. 226 a 233 REX.)**

Establece el artículo 226 del Reglamento que *“el procedimiento seguido será el ordinario salvo en los supuestos especificados en el artículo 234 del presente Reglamento, que se tramitaran por el procedimiento preferente”*.

El acuerdo de iniciación del procedimiento se comunicara al instructor y se notificara a los interesados, entendiéndose en todo caso por tal al expedientado, los cuales podrán realizar alegaciones y proponer las pruebas que tengan por conveniente en el plazo de quince días; si no efectuaren alegaciones, no realizaren propuesta de pruebas o fueran estas inadmitidas por improcedentes o innecesarias, el acuerdo de iniciación podrá considerarse propuesta de resolución.

A parte de lo indicado, también podrá el instructor realizar de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias para el examen de los hechos.

Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo de los quince días podrá el instructor acordar la apertura de un periodo de prueba por un plazo no superior a 30 días, ni inferior a 10 días, y concluida la prueba, el órgano instructor formulara la propuesta de resolución en la que se fijaran de forma motivada, los hechos probados y su exacta calificación jurídica, se determinara la infracción que aquellos constituyan y la

persona responsable y se fijara la sanción que se propone imponer y las medidas provisionales que se hubieren adoptado en su caso, o bien se propondrá la declaración de inexistencia de infracción o responsabilidad.

Dicha propuesta se notificara a los interesados, concediéndoles el plazo de quince días para formular alegaciones y presentar documentos e informaciones que estimen pertinentes ante el instructor del procedimiento.

La propuesta de resolución se cursara al órgano competente para resolver el procedimiento, junto con los documentos y pruebas aducidas, en su caso, por el interesado.

Antes de dictar la correspondiente resolución el órgano competente para resolver podrá decidir, mediante acuerdo motivado, la realización de actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento, acuerdo que se notificara al interesado, a quien se le concederá un plazo de siete días para formular las alegaciones que tenga por conveniente y una vez hecho el órgano competente dictara la resolución que proceda.

Por su lado el artículo 63 bis) de la L.O. 4/00 incluye un plazo de cumplimiento voluntario para que el interesado abandone el territorio nacional, oscilando la duración de dicho plazo entre siete y treinta días, que comenzará a contar desde el momento de la notificación de la citada resolución, plazo este que incluso podrá prorrogarse durante un tiempo prudencial en atención a las circunstancias que concurran en cada caso concreto, indicando que tanto en la fase de tramitación del procedimiento, como durante el plazo de cumplimiento voluntario, podrá adoptarse alguna de las medidas cautelares previstas en el artículo 61, excepto la medida de internamiento.

Transcurrido el plazo sin que el extranjero haya abandonado el territorio nacional, se procederá a su detención y a su conducción hasta el puesto de salida por el que haya de hacerse efectiva la expulsión, pero si la misma no pudiera ejecutarse en el plazo de 72 horas se podrá autorizar su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros por un periodo no superior a sesenta días.

b) Supuestos en los que procede el procedimiento preferente (art. 235 a 237 Reglamento)

Establecen los artículos 63 L.O. 4/00 y 234 del Reglamento que *“la tramitación de los expedientes en los que pueda proponerse la expulsión se realizara por el procedimiento preferente cuando la infracción imputada sea alguna de las previstas en las letras a) y b) del artículo 54.1, así como en las letras d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero.*

Asimismo, se tramitaran por el procedimiento preferente aquellas infracciones previstas en la letra a) del artículo 53.1 de la citada L.O., cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) riesgo de incomparecencia*
- b) que el extranjero evite o dificulte la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos*
- c) que el extranjero represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.”*

En cuanto al “procedimiento preferente” aparte de su denominación, el mismo tiene un marcado carácter “abreviado”, pues en este hay una importante reducción del plazo de alegaciones para el extranjero a cuarenta y ocho horas, en lugar de los quince días que se le otorgan en el procedimiento ordinario, y una merma en las posibilidades de defensa, dada la premura de los plazos, estableciéndose así mismo la puntualización de que en estos casos la ejecución de la orden de expulsión se ejecutara de forma inmediata y se llevara al extranjero al punto de salida⁷⁹, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento ordinario en el que una vez sea firme la resolución de expulsión se le otorga al extranjero un plazo para salir de España (entre siete y treinta días), plazo que incluso podrá prorrogarse, y sólo si no abandona el territorio español en el plazo concedido se le detendrá y se le conducirá al puesto de salida.

Y así establece el artículo 63 de la L.O. 4/00 que incoado el expediente en el que puede proponerse la expulsión por tratarse de uno de los supuestos contemplados en su

⁷⁹ Lo que constituye sin duda una excepción a la regla general que establece el art. 138.3 de la Ley 30/1992, en el sentido de que las resoluciones sancionadoras sólo son ejecutivas cuando ponen fin a la vía administrativa.

apartado primero, del acuerdo de iniciación se dará traslado al interesado para que alegue lo que considere oportuno en el plazo de 48 horas, advirtiéndole de las consecuencias de no hacerlo así.

Si el interesado no efectuase alegaciones, ni realizase proposición de prueba sobre el contenido del acuerdo de iniciación, o si no se admitiesen, el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución con remisión a la autoridad competente para resolver.

De estimarse la pertinencia de la prueba, esta se realizara en el plazo máximo de tres días y una vez practicada, el instructor formulara propuesta de resolución, que notificara al interesado dándole el trámite de audiencia en el que se le otorgara el plazo de 48 horas para formular alegaciones y presentar los documentos que estime por pertinentes, transcurrido dicho plazo se procederá a elevar la propuesta de resolución a la autoridad competente para resolver, debiendo reiterarse que en los supuestos previstos en este tipo de procedimiento, a diferencia de lo establecido para los supuestos de aplicación del procedimiento ordinario, la ejecución de la orden de expulsión, que se notificara al interesado, se efectuará de forma inmediata, sin concederle al extranjero un periodo de salida voluntaria.

De todas formas esta excepción a la aplicación general del régimen general de ejecutividad de los actos administrativos, no excluirá el derecho de recurso, sin perjuicio de la inmediatez de la expulsión y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de ella.

Así mismo dispone el artículo 235.5 del Reglamento que en tanto se realiza la tramitación del expediente, el instructor podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero expedientado en un centro de internamiento de extranjeros, por un periodo no superior a sesenta días, y ello a fin de asegurar la ejecución de la sanción, y en el caso de que este sea denegado podrá adoptar alguna o algunas de las siguientes medidas cautelares: a) retirada del pasaporte , b) presentación periódica ante el instructor, c) residencia obligatoria en un lugar determinado o d) cualquier otra que el juez estime adecuada y suficiente (art. 236 Reglamento).

A modo de **síntesis** de lo expuesto podemos indicar que las **sanciones a imponer en materia de extranjería** se castigan ordinariamente con multa, dependiendo la cuantía a imponer de la calificación de la infracción cometida, es decir según sea calificable de muy grave, grave o leve, así como de las circunstancias personales del infractor y de su capacidad económica, recogiendo la L.O. 4/00 en sus artículos 55.5 en relación a la infracción muy grave del artículo 54.1. b (inducción, favorecimiento u organización de la inmigración clandestina) la sanción de decomiso de los vehículos, embarcaciones, aeronaves, y cuantos bienes muebles o inmuebles, de cualquier naturaleza que sean, hayan servido de instrumento para la comisión de la citada infracción, salvo que los mismos pertenezcan a un tercero no responsable de la infracción, y respecto de la infracción muy grave tipificada en el artículo 54.1 d (contratación de trabajadores extranjeros carentes de permiso de trabajo), así como la clausura del establecimiento o local (art. 55.6 L.O. 4/00) .

Sin embargo, como hemos visto, el legislador ha previsto una sanción alternativa a la multa para determinadas infracciones, y esta es la expulsión del extranjero del territorio español, siendo el procedimiento aplicable para imponer esta sanción el procedimiento preferente o el ordinario según los casos.

A continuación expondremos de forma esquemática las infracciones cuya sanción a imponer al extranjero puede ser la expulsión del territorio español, y el procedimiento a seguir en cada caso en la aplicación de dicha sanción (art. 57, 63 y 63 bis de la L.O. 4/00 y del art. 226 a 237 del Reglamento de desarrollo de la citada ley):

1. Infracciones muy graves. Son las previstas en el artículo 54 de la L.O. 4/00. El procedimiento a seguir será el preferente en los supuestos del artículo 54.1 a) y b), en el resto de infracciones del artículo 54 el procedimiento aplicable será el ordinario.
2. Infracciones graves del artículo 53.1 a) L.O. 4/00, si se dan las circunstancias previstas en el artículo 63, del art. 53.1 d) y f); en estos supuestos el procedimiento aplicable será el preferente. La tramitación de las infracciones graves del artículo 53.1 a) -si no concurren los requisitos del art. 63-, b) y c) se acomodaran al procedimiento ordinario.

3. Cuando el extranjero haya sido condenado por un delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a un año (art. 57.2 de la L.O. 4/00), el procedimiento a seguir será igualmente el preferente.

También hay que señalar que sólo cuando se tramite la expulsión del extranjero por el procedimiento preferente será posible solicitar el internamiento del mismo en un centro de extranjeros.

Por otro lado no podemos dejar de exponer que, dado que el procedimiento preferente resulta aplicable respecto de muchas de las infracciones más comunes, más que un procedimiento excepcional o especial, es en la práctica el modo más habitual de tramitar las expulsiones.

c) Supuestos en los que procede el procedimiento simplificado. (art. 238 a 240 del Reglamento)

Este procedimiento se tramitará cuando los hechos denunciados se califiquen como infracción de carácter leve prevista en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 52 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero.

El mismo se iniciará de oficio, por acuerdo dictado al efecto, por alguno de los órganos competentes establecidos en el artículo 216.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley de Extranjería, o por denuncia formulada por los agentes del Cuerpo Nacional de Policía.

Y deberá resolverse en el plazo máximo de dos meses desde que se inició y en el mismo, el órgano competente al dictar el acuerdo de iniciación especificará en éste el carácter simplificado del procedimiento. Dicho acuerdo se comunicará al órgano instructor y simultáneamente será notificado a los interesados.

En el plazo de diez días, a partir de la comunicación y notificación del acuerdo de iniciación, el órgano instructor y los interesados efectuarán, respectivamente, las actuaciones pertinentes, la aportación de cuantas alegaciones, documentos o informaciones estimen convenientes y, en su caso, la proposición y práctica de prueba.

Transcurrido dicho plazo, el instructor formulará una propuesta de resolución, en la que si apreciara que los hechos pueden ser constitutivos de infracción grave o muy

grave, acordará que continúe el expediente por los trámites del procedimiento ordinario de este reglamento, y lo notificará a los interesados para que, en el plazo de cinco días, formulen alegaciones si lo estiman conveniente.

En el plazo de tres días desde que se reciba el expediente, el órgano competente para resolver dictará resolución en la forma y con los efectos procedentes que para las resoluciones de sanción de multa se prevén en el procedimiento ordinario.

IV.3. Recursos contra resolución administrativa sancionadora.

Las resoluciones administrativas sancionadoras en esta materia serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las Leyes, tal y como establecen los arts. 21.1 y 65.1 LOEX. A tal efecto se prevé que las resoluciones adoptadas por los Delegados del Gobierno y Subdelegados del Gobierno en materia de sanciones gubernativas y expulsión de extranjeros, en lo que aquí nos interesa, pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo interponerse contra ellas los recursos administrativos o jurisdiccionales legalmente previstos.

Consecuentemente, podrá interponerse contra tales resoluciones recurso potestativo de reposición, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 116 y 117 LRJPAC, y recurso extraordinario de revisión, en atención al art. 118 LRJPAC, ambos en vía administrativa, o bien directamente recurso contencioso-administrativo, de conformidad con lo previsto en los arts. 1, 25, 46, 78 y 115 de la Ley 29/1998, del 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, recayendo la competencia para conocer de estos recursos sobre los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, donde se tramitarán por el procedimiento abreviado, en aplicación de la regla prevista en el apartado cuarto del art. 8 en relación con el art. 78 LJCA, salvo que se siguiera el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, pudiendo presentarse los recursos procedentes a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes al lugar donde se encuentre el extranjero recurrente, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, debiendo ser remitidas por aquellas representaciones al organismo competente, facilitándose de este modo el ejercicio del derecho de defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva de aquellos extranjeros que, viéndose afectados por un procedimiento sancionador, no se encuentren en España (art. 65.2 LOEx).

IV.4. Comunicación interorgánica.

En el ámbito de la Administración del Estado, el art. 256 REX, impone la obligación de comunicación interorgánica o intercambio de la información de que dispusieran determinados órganos administrativos en ejercicio de sus competencias, acerca de la comisión de infracciones relativas a la entrada y permanencia de extranjeros en España e infracciones laborales. Tales órganos son los siguientes: Dirección General de Inmigración, Inspección de Trabajo y Seguridad Social y Áreas y Dependencias Provinciales de Trabajo y Asuntos Sociales, por un lado, y las autoridades gubernativas y los servicios policiales, por otro.

Además, las autoridades gubernativas y los servicios policiales habrán de comunicar inmediatamente la práctica de la expulsión que hubiera sido objeto de autorización judicial o, en su caso, la imposibilidad de practicarla, a la autoridad judicial autorizante y al Ministerio Fiscal.

También se contempla la obligación del Ministerio Fiscal, cuando conozca que un extranjero se encuentra imputado en un procedimiento menos grave y pueda estar incurso en causa de expulsión prevista en la LOEX, de informar sobre tal imputación a la autoridad gubernativa para que se valore su posible expulsión, previa incoación del expediente correspondiente.

Asimismo, los Directores de establecimientos penitenciarios habrán de notificar a la Oficina de Extranjería y a la Comisaría Provincial de Policía de su demarcación, con tres meses de anticipación, la excarcelación de los extranjeros condenados por delito, para que se proceda a su expulsión, en su caso.

Por último el Registro Central de Penados comunicará a la Comisaría Provincial de Policía los antecedentes penales de los extranjeros condenados por delito doloso que tenga señalada pena superior a un año, a los efectos de la incoación del correspondiente expediente de expulsión.

Por otro lado, el art. 257 REX establece determinados deberes de comunicación sobre los órganos judiciales en favor de la autoridad gubernativa, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder

Judicial. En particular, los órganos judiciales habrán de comunicar a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurra la comisión de infracciones administrativas a las normas sobre extranjería, a los efectos de que por las autoridades administrativas pueda reanudarse, iniciarse o archivarse, si procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador. Del mismo modo, habrán de comunicar aquellas condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, a los efectos de la incoación del correspondiente expediente sancionador.

Igualmente, habrán de comunicar 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 su expulsión 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 30 días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial.

Especialmente significativa resulta la modificación operada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, sobre la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las y Disposición Adicional Séptima. Dichos preceptos, en lo que aquí nos interesa, prevén la cesión de los datos del Padrón Municipal a las Administraciones Públicas que lo soliciten, sin necesidad de consentimiento previo del afectado, cuando sean necesarios para el ejercicio de sus competencias en relación con asuntos para los que la residencia o el domicilio sean relevantes. En este sentido, se autoriza a la Dirección General de la Policía el acceso a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los Padrones Municipales, para el ejercicio de las competencias que sobre control de permanencia de extranjeros en España establece la LOEX.

V. MEDIDAS CAUTELARES.

El artículo 61 de la L.O. 4/00 viene a recoger una serie de medidas cautelares a

adoptar por el instructor, tan solo en los expedientes en los que se formule propuesta de expulsión, y en determinados expedientes relativos a la comisión de infracciones por transportistas, cuya finalidad es asegurar la resolución final que pudiera recaer y que deberán ser adoptadas por el instructor del expediente, enumerando dicho precepto las siguientes:

- a) Presentación periódica ante las autoridades competentes. No aclara el precepto qué debe entenderse como por “autoridades competentes”, pero todo indica que lo serán las que señale el órgano que adopta la medida, que en definitiva es el mismo que resolverá el expediente.
- b) Residencia obligatoria en determinado lugar. Sin duda es esta una medida más gravosa que la anterior, en cuanto a afecta al derecho de elegir libremente el lugar de residencia.
- c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida. Esta medida tiene como finalidad asegurar la permanencia en España del extranjero mientras se tramita su expediente.
- d) Detención cautelar por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento. En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas.

En relación a esta modalidad de detención gubernativa el Tribunal Constitucional en su Pleno de fecha 7.7.1987, sentencia nº 115/1987, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad nº 880/1985, promovido por el Defensor del Pueblo contra determinados artículos de la entonces Ley de Extranjería 7/1985 de 1 de julio, rechazó que esta fuera contraria a la C.E., y subrayó su singularidad respecto de la detención preventiva de carácter penal, al indicar que *“la medida cautelar prevista en el artículo 26.2 (detención cautelar) respeta la previsión constitucional del artículo 17.2 en cuanto la misma no puede exceder de 72 horas, pues transcurrido dicho plazo el detenido deberá ser*

puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial, quien tiene la posibilidad o facultad de poder restringir aun más ese derecho de libertad”.

- e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial, en los centros de internamiento.
- f) Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente.

Con este último apartado, introducido por la reforma operada por la L.O. 2/2009 de 11 de diciembre, se deja abierta la posibilidad de que el Juez pueda imponer en el seno de una decisión que se ha adoptado en un procedimiento administrativo, tal cual es la expulsión del extranjero, una serie de medidas cautelares, sin especificar cuáles pueden ser estas y ello por entender, que cualquier decisión privativa o restrictiva de los derechos de un individuo debe adoptarse por la autoridad judicial.

V.1 Especial referencia a detención cautelar y la medida de internamiento en los centros de internamiento de extranjeros (CIE) .

a) La detención cautelar.

Las medidas cautelares de detención e internamiento son sin duda las más empleadas para garantizar la eficacia de la resolución de expulsión del territorio español.

Pese a la polémica surgida en torno a la constitucionalidad y la proporcionalidad de las medidas cautelares de detención e internamiento expresadas, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, autoriza en su art. 5 f) la detención preventiva y el internamiento del extranjero cuando se halle en curso un procedimiento de expulsión.

Asimismo, el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, implícitamente admite la detención como medida compulsiva, a veces imprescindible para llevar a cabo la expulsión ⁸⁰.

Además, como hemos dicho, la constitucionalidad de las medidas cautelares de detención e internamiento en el procedimiento de expulsión, es decir, fuera del proceso penal, ha sido admitida expresamente por la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de julio, que estima aplicable a la detención toda la doctrina constitucional sobre la privación de libertad en el campo penal, especialmente los derechos contemplados en el art. 17 de la Constitución y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y frente a la doctrina expuesta por diferentes autores que han criticado la constitucionalidad de la detención preventiva del extranjero con motivo de su expulsión del territorio nacional, considerando que durante la tramitación del expediente de expulsión este debe permanecer en libertad ⁸¹, el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo la constitucionalidad de la detención de extranjeros con motivo de la incoación de un expediente de expulsión ⁸² y ha señalado que resulta autorizada tanto cuando existe una creencia razonable de que el afectado se encuentra ilegalmente en

⁸⁰ El art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece lo siguiente: "El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosa de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá al extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas". Por su parte, el art. 5 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, después de expresar en su apartado primero que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad, dispone lo siguiente: "Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: ...f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición".

⁸¹ MOYA ESCUDERO, M., en "La expulsión de extranjeros del territorio nacional: dudosa garantía de los derechos fundamentales", *La Ley* n.º 1370, de 17 de enero de 1986.

PORTILLA CONTRERAS, G., *El derecho de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Edersa, Madrid, 1980.

⁸² SSTC de 17 de enero de 1994 y 88/1996, de 23 de mayo.

territorio español, como para asegurar la ejecución de una eventual medida de expulsión si existe riesgo de huida ⁸³.

Y así debemos señalar que frente a la tradicional doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional de que no existen zonas intermedias entre las situaciones de libertad y detención, considerando que ésta última concurre en cualquier situación fáctica en que la persona se ve impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita (SSTC 107/1985, de 7 de octubre, y 341/1993, de 18 de noviembre), este mismo Tribunal ha venido a expresar que no toda medida de compulsión personal privativa de libertad ha de ser calificada necesariamente como detención, con las consecuencias que ello conlleva en la configuración de la situación jurídica del afectado y ello al admitir abiertamente medidas de compulsión personal, no constitutivas de detención preventiva, como forma de ejecución forzosa de resoluciones administrativas, aun siendo privativas de libertad del individuo, al amparo de lo dispuesto en el art. 100.1 LRJPAC, que estima liberadas del límite máximo de 72 horas que caracteriza la detención preventiva (SSTC 174/1999, de 27 de septiembre, y 179/2000, de 26 de junio), sosteniendo que la ejecución forzosa de una orden de devolución por la que se actualiza la prohibición de entrada en territorio español, impuesta a un extranjero mediante una previa resolución administrativa, legítima un estado de compulsión en la "zona de rechazados" de un aeropuerto, no sujeta al límite temporal máximo de 72 horas, al que se refiere el art. 17.2 CE (STC 174/1999).

Asimismo, aplica tal doctrina al objeto de garantizar la ejecución de un acto administrativo de denegación de petición de asilo, que conlleva el rechazo en frontera del extranjero, al no reunir los requisitos necesarios para entrar en España (STC 179/2000). No obstante, precisa el Tribunal Constitucional que tales medidas de compulsión personal privativas de libertad no podrán tener una duración mayor que la estrictamente necesaria para ejecutar el acto administrativo de que se trate, ni tener una duración que en sí misma pueda considerarse muy superior a la que, en condiciones normales, conllevaría la ejecución del acto. A ello, añade el citado Tribunal, que si la medida de compulsión personal privativa de libertad en la "zona de rechazados" no se viera precedida de orden de devolución o expulsión, tal situación sólo podría ser

⁸³ SSTC 144/1990 y 12/1994

calificada como detención preventiva, limitada temporalmente al plazo máximo de 72 horas referido.

b) El internamiento de los extranjeros en los CIE.

i) Regulación.

Los centros de internamiento de extranjeros aparecen por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 26 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que contemplaba la posibilidad de que el juez de instrucción acordara, como medida cautelar vinculada a la sustanciación o ejecución de un expediente de expulsión, el internamiento - a disposición judicial- de extranjeros en locales que no tenían carácter penitenciario, y así establecía el párrafo segundo de dicho artículo “ *la posibilidad de acordar judicialmente, con carácter preventivo o cautelar, el ingreso en centros que no tengan carácter penitenciario de extranjeros incurso en determinadas causas de expulsión mientras se sustancia el expediente*”. En el artículo 60 se establecía que los CIE “ *no tendrán carácter penitenciario y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios*”.

El funcionamiento de los CIE fue objeto de desarrollo a través del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, aprobado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, y la Orden del Ministerio de la Presidencia de 22 de febrero de 1999, dictada en cumplimiento de la habilitación contenida en el referido Real Decreto.

La aprobación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) y, de forma específica, la modificación de dicha norma llevada a cabo por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, abordaron algunos aspectos del funcionamiento de dichos centros (derechos y obligaciones de los internos, la información que debía serles suministrada a su ingreso, la formulación de peticiones y quejas, la adopción de medidas de seguridad, etc.), aspectos que posteriormente fueron desarrollados en los artículos 153 a 155 Real Decreto

2393/2004, de 30 de diciembre (derogado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril).

Asimismo, la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, operada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, vino a crear la figura del juez competente para el control de la estancia (artículo 62.6), a reconocer el derecho de los internos a entrar en contacto con Organizaciones No Gubernamentales (artículo 62 bis) y a admitir la inmediata puesta en libertad del extranjero cuando cesen las circunstancias que motivaron la medida cautelar de internamiento (artículo 62.3).

No obstante, la aprobación, a nivel europeo, de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (Directiva 2008/115/CE), y la necesidad de regular de forma completa y sistemática el régimen de internamiento de extranjeros, condujeron a la aprobación del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros, en el que se indica *“que se ha considerado oportuno dedicar un reglamento, en atención a que dada la relevancia de la materia y a la importancia de los derechos afectados que exige un tratamiento detallado de los diferentes aspectos de las condiciones en las que debe producirse el internamiento, que redunde en el incremento de las garantías de los extranjeros objeto de esta medida”*.

Los CIE, conforme al marco jurídico de aplicación, se definen como establecimientos de carácter no penitenciario, donde se ingresa cautelarmente a extranjeros que están pendientes de que se ejecute una orden de expulsión a su país de origen, si bien pueden servir a otro tipo de repatriaciones (devoluciones y denegaciones de entrada).

La existencia de estos centros obedece fundamentalmente a la finalidad de que se asegure la repatriación de extranjeros sobre los que se ha cursado, ordenado o propuesto una orden de expulsión, bien por haber incurrido el

ciudadano extranjero en un ilícito administrativo, bien por haber incurrido en un ilícito penal.

Huelga decir que el internamiento está previsto como una medida (teóricamente) provisional o cautelar, que debe ser autorizada por un órgano judicial, no debiendo exceder de una duración de 60 días. Es además, una medida supuestamente extraordinaria que debería reservarse para supuestos concretos y justificados, esto es, cuando exista una sospecha certera de que la persona a internar supone un riesgo o peligro para el orden público, presenta riesgo de incomparecencia o dificulta su expulsión.

Actualmente existen en España ocho CIE ubicados en los municipios de Algeciras, Barcelona, Gran Canaria, Fuerteventura, Madrid, Murcia, Tenerife y Valencia. Sobre su operatividad y condiciones de vida de los internos, existe escasa información oficial facilitada por parte de las Administraciones encargadas de su gestión. La opacidad y falta de transparencia que rodea a estos centros no ha impedido, sin embargo, que desde distintas instituciones y Organizaciones No Gubernamentales (ONG) se vengán realizando en los últimos años acciones de denuncia sobre las deficiencias en el funcionamiento de los CIE.

El régimen de internamiento infligido a las personas extranjeras ha sido objeto de específicos informes emitidos anualmente por el Defensor del Pueblo (y, en su caso, sus equivalentes autonómicos), especialmente en su condición de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP), la Fiscalía General del Estado, a través de la Fiscalía especialista en materia de Extranjería, así como distintas organizaciones del tercer sector y medios de comunicación que han descrito y denunciado las condiciones de los internos

84

⁸⁴ Véase el interesante informe de junio de 2015, elaborado para la ONG “*Pueblos Unidos-Servicio Jesuita a Migrantes*” (“Pueblos Unidos”) por las Clínicas Jurídicas de ICADE (Universidad Pontificia Comillas), Per la Justícia Social (Universidad de Valencia), Dret al Dret (Universidad de Barcelona) y el Observatorio de Derechos Humanos (Universidad de Valladolid), que tiene por objeto la revisión de la situación actual de los CIE en España, a fin de verificar el cumplimiento de la normativa de aplicación e identificar los aspectos necesitados de mejora y/o implementación, a nivel legal y a nivel fáctico.

Gracias al esfuerzo de estas instituciones y organizaciones que trabajan por el respeto de los derechos humanos, unido a las distintas resoluciones dictadas por los órganos judiciales encargados del control de los CIE (Jueces de Control de Estancia o Juzgados de Control), se ha ido conociendo la realidad que rodea a los CIE. Una realidad que dista mucho de lo que teóricamente debería ser acorde con la regulación actualmente vigente de los CIE: las personas extranjeras internadas en los CIE se encuentran retenidas (que no detenidas) de manera preventiva por una mera falta administrativa y bajo un régimen, en muchos aspectos, peor al que se reconoce a las personas que sí han cometido verdaderos delitos.

Dicho esto debemos indicar, que a la hora de abordar la regulación del régimen de internamiento de los extranjeros en los CIE, deben tomarse como referencias normativas ineludibles, a nivel europeo y a nivel nacional, tanto la Directiva 2008/115/CE (denominada también como “Directiva de Retorno”), como la LOEX, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (“Ley 12/2009”) y el Real Decreto 162/2014.

1. Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (“Directiva de Retorno”).

Como se ve, la legislación europea sobre políticas de migración y asilo ha sido muy posterior a la legislación a la legislación española.

La Directiva de Retorno establece normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que estén en situación irregular en sus territorios, con ciertas excepciones.

Conforme con la citada Directiva, si el nacional del tercer país no ha cumplido con la obligación de retorno dentro del plazo concedido, el Estado miembro deberá tomar todas las medidas necesarias para llevar a cabo la expulsión.

El artículo 15 de la Directiva de Retorno contempla la posibilidad de que, en casos específicos, y cuando otras medidas menos coercitivas no sean suficientes, los Estados miembros puedan mantener internados a los nacionales de terceros países durante el procedimiento de retorno, si hay riesgo de fuga o el nacional de un tercer país evita o dificulta la preparación del retorno o el proceso de expulsión.

El internamiento debe ser ordenado por una autoridad administrativa o judicial y debe ser revisado regularmente. El periodo de internamiento debe ser tan breve como sea posible y nunca superior a seis meses. Sólo en circunstancias especiales, cuando la operación de expulsión del nacional de un tercer país vaya a prolongarse, los Estados miembros podrán prorrogar el plazo previsto por un periodo no superior a doce meses más. Eso es, el internamiento puede prolongarse durante 18 meses máximo.

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

El artículo 62 de la LOEX, especialmente tras la modificación operada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, regula el internamiento de extranjeros. En concreto, regula los supuestos, forma y condiciones en que podrá acordarse el internamiento (artículo 62), los derechos y deberes de los internos (artículos 62 bis y ter) y, de forma particular, el derecho a obtener información y efectuar reclamaciones (artículo 62 quáter), las medidas de seguridad (artículo 62 quinquies), y el régimen de funcionamiento (artículo 62 sexies).

Y así, el artículo 62. bis de la LOEX define los Centros de Internamiento de Extranjeros como establecimientos públicos de carácter no penitenciario. El ingreso y estancia en los mismos tendrá únicamente finalidad preventiva y cautelar, salvaguardando los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas a su libertad ambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada.

El ingreso en los CIE se configura, por tanto, como una medida preventiva y cautelar que puede solicitar al Juez de Instrucción competente, el instructor del procedimiento incoado, por algunos de los siguientes supuestos en los que se pueda solicitar la expulsión del extranjero:

- Participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (art. 54.1.a) LOEX).

- Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito (art. 54.1.b) LOEX)

- Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización sin haber solicitado su renovación en plazo (art. 53.1.a) LOEX)

- El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente (art. 53.1.d) LOEX)

- La participación en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (art. 53.1.f) LOEX)

- Condena, 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 (art. 57.2 LOEX)

El internamiento podrá acordarse, además:

- Cuando se haya dictado resolución de retorno para los extranjeros a los que en frontera no se les permita la entrada y ésta no pueda ejecutarse dentro del plazo de setenta y dos horas.

- Cuando se haya dictado acuerdo de devolución en los casos en que el extranjero haya transgredido la prohibición de entrada, se encuentre ya en territorio español y no pueda hacerse efectiva dentro del plazo de las setenta y dos horas siguientes a su detención por la autoridad gubernativa.

- Cuando exista resolución de expulsión y el extranjero no haya abandonado el territorio español en el plazo establecido. En caso de incumplimiento se le detendrá y conducirá hasta el puesto de salida por el que se haya de hacer efectiva la expulsión y si esta no se puede ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, puede solicitarse la medida de internamiento.

El ingreso deberá acordarse motivadamente por el Juez de Instrucción del lugar donde se produzca la detención, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, a cuyo efecto, y para cumplir con el principio de proporcionalidad de la medida, deberá tomar en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero.

El internamiento no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión no pudiendo exceder, en cualquier caso, los 60 días y deberá solicitarse la autoridad judicial la puesta en libertad del extranjero cuando con anterioridad al transcurso de este plazo se tenga constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo.

Como regla general, los menores extranjeros no podrán ingresar en centros de Internamiento, y los menores extranjeros no acompañados deberán ser puestos a disposición de los servicios de protección de menores.

El artículo 62.6 LOEX crea la figura del Juez de Control de estancias que corresponderá al Juez de Instrucción del lugar donde estén ubicados estos centros, debiendo designarse un concreto Juzgado en aquellos partidos judiciales en los que existan varios. Este Juez conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales. Igualmente, podrá visitar tales centros cuando conozca algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente.

El artículo 62 bis de la LOEX regula el catálogo de derechos de los internos, al cual nos remitimos, haciendo tan solo mención “al derecho a tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar”, por ser relevante el pronunciamiento que a este respecto ha efectuado el Tribunal Supremo, en relación al "*y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar*" el cual ha declarado inaplicable por Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a), de 10 febrero 2015 (Rec. 373/2014).

Los derechos reconocidos en el citado artículo 62 bis de la LOEX deben completarse con el derecho a obtener información y a la formulación de quejas regulado en el artículo 62 quáter siguiente. Así, conforme al mismo, los internos recibirán a su ingreso información, por escrito y en un idioma que entiendan, sobre sus derechos y obligaciones, las cuestiones de organización general, las normas de funcionamiento del centro, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones o quejas. Asimismo, podrán formular, verbalmente o por escrito, al director del centro peticiones y quejas sobre cuestiones referentes a su situación de internamiento. El director del centro las pondrá en conocimiento de la autoridad competente si fuera el caso.

El artículo 62 ter de la LOEX regula, los deberes de los internos y el artículo 62 quinquies de la LOEX, las medidas de seguridad en los CIE.

3. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

La Ley 12/2009 desarrolla el contenido del apartado 4 del artículo 13 de la Constitución. Determina el contenido de la protección internacional integrada por el derecho de asilo y el derecho a la protección subsidiaria.

La citada Ley 12/2009 incorpora algunas previsiones en relación con el eventual internamiento en los CIE de solicitantes de asilo: el artículo 34 prevé que ACNUR (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados) pueda tener acceso a las personas solicitantes de protección internacional que se encuentren en centros de internamiento de extranjeros. Se le comunicará a ACNUR la presentación de solicitudes de protección internacional, y podrá informarse de los expedientes, estar presente en las audiencias a la persona que ha solicitado la protección, así como presentar informes para incluirlos en el expediente de dicha persona.

4. Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros.

Según se destaca en su Exposición de Motivos, el Real Decreto 162/2014 nace con la finalidad de satisfacer, de una parte, la necesidad legal de desarrollar reglamentariamente las novedades introducidas en la LOEX por la Ley Orgánica 2/2009, en el ejercicio del mandato expreso que su disposición adicional tercera dirige al Gobierno; de otra, la necesidad material de dar concreción a aspectos del funcionamiento de los centros, regulando el régimen de internamiento de extranjeros de forma específica y completa mediante una norma que venga a sustituir a la Orden del Ministerio de la Presidencia, de 22 de febrero de 1999. Todo ello sin perjuicio de la obligación de incorporar al ordenamiento jurídico español los aspectos regulados en la Directiva de Retorno.

En este apartado, y sin perjuicio del estudio de dicha norma a lo largo de la posterior exposición, tan solo haremos referencia a la Sentencia de la Sala

3ª del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2015 (Rec. 373/2014), que ha anulado, cuatro artículos del Real Decreto 162/2004. En concreto:

- El artículo 7.3 párrafo segundo, y el artículo 16.2 k), los cuales vulneran el artículo 17.2 de la Directiva 2008/115/CE, según el cual a *“las familias internadas en espera de expulsión se les facilitará alojamiento separado que garantice un grado adecuado de intimidad”*, situación que no garantiza el RD 162/2014.

- El artículo 21.3, al resultar contrario al artículo 62.2 de la LOEX, que impide los internamientos sucesivos en los CIE más allá de los 60 días, al considerar que todo internamiento *“se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente”*.

- El artículo 55.2 párrafo primero, al no respetar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación al respecto al derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución por lo que respecta a los registros personales con desnudo integral.

ii) Naturaleza Jurídica.

El internamiento de extranjeros formalmente no es una sanción, ni penal ni administrativa, cuando dicha medida se adopta en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, su naturaleza es la de medida cautelar, consistente en la privación de libertad que tiene por finalidad asegurar la ejecución de la eventual sanción administrativa: la salida coactiva del territorio español, y ello no puede ser más que criticable, cómo puede ser posible y ajustado a Derecho que se pueda privar a una persona de libertad para asegurar una eventual sanción administrativa, esto es la expulsión, impuesta no por la comisión de un delito, sino por una infracción de naturaleza administrativa cual es, por ejemplo, la estancia irregular en nuestro país.

Por ello la gran duda que se plantea es si con la aplicación de esta medida no se vulneraría el art. 25.3 de la C.E., que prohíbe a la Administración imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad.

No lo ha entendido así nuestro más Alto Tribunal, que ha resuelto al respecto que nos encontramos en este supuesto con una medida cautelar de carácter administrativo, incardinada en un procedimiento administrativo, pero cuya autorización corresponde a la autoridad judicial, en concreto al Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención (que será el Juez que en esos momentos este realizando el servicio de guardia), y ello por suponer una privación de libertad que va más allá del plazo de la detención gubernativa.

Y así declara el Tribunal Constitucional en una controvertida Sentencia (STC 115/1987), que dicha medida es plenamente respetuosa con lo establecido en el artículo 17.2 y 25.3 de la C.E., que impide a la Administración civil imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad, al no ser una decisión administrativa la que permite la pérdida de libertad del extranjero sino una resolución judicial, por lo que no se vería tampoco afectado el artículo 24.2 de la C.E. dado que al ciudadano extranjero no se le limita su derecho de defensa y de intervención en el correspondiente procedimiento, y si bien la decisión sobre la pérdida de libertad del extranjero es judicial, el carácter de tal decisión es administrativo y la ejecución de la misma es también administrativa y por ello la resolución judicial, tal y como establece la mencionada Sentencia, no puede concebirse como un simple acto de ratificación formal de la internamiento, sino que ha de suponer una auténtica garantía del derecho a la libertad personal del afectado .

Y así establece el artículo 244 del REX, en relación a las medidas cautelares en el procedimiento de expulsión, que de conformidad con lo previsto en los artículos 55 y 61 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, el instructor podrá adoptar en cualquier momento, mediante acuerdo motivado, las medidas necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, excluyendo la medida cautelar de internamiento cuando el procedimiento tramitado fuera de carácter ordinario.

Pero pese a lo expuesto, no puede ocultarse su polémica naturaleza jurídica, en cuanto que con dicha medida lo que se permite en realidad es suspender un derecho fundamental, la libertad ambulatoria, y ello para asegurar la ejecución de una eventual sanción administrativa o, en la inmensa mayoría de los casos, la expulsión. Esto genera no sólo dudas acerca de la legitimidad ética del internamiento, sino también acerca de su constitucionalidad, no ya desde la perspectiva del art. 25.3, sino desde el prisma del propio art. 17 de la Constitución en cuanto consagra el derecho a la libertad, cuya privación ha de estar supeditada al principio de proporcionalidad.

Y esa proporcionalidad se pone en entredicho cuando la privación de libertad se adopta para ejecutar una sanción administrativa -la expulsión- impuesta por una infracción, en la mayoría de los casos de reducida gravedad y para la cual existe una sanción prioritaria: la multa. Por lo que podemos preguntarnos, si es legítimo encerrar a una persona hasta dos meses en un lugar parecido a una prisión por el hecho de estar en nuestro país sin un permiso de residencia vigente. Y admitido que el internamiento, desde una perspectiva técnico-jurídica, no se conceptúa como un castigo, sino como una medida cautelar que pretende asegurar la ejecución de la sanción propiamente dicha (que sería la expulsión) lo cierto es que, como apunta el sector doctrinal más crítico al respecto⁸⁵, nadie puede negar su gran contenido aflictivo, que abona la sospecha o, mejor, el temor fundado de que más allá de la función formalmente asignada, el internamiento operaría como una sanción encubierta destinada a castigar la irregularidad administrativa o a hostigar al inmigrante para que regrese a su país y disuadir a los que aun estén pensado en emprender la aventura migratoria.

Y así podemos concluir en apoyo del citado sector crítico, que esta figura está creando en la actualidad, ante la masiva llegada de extranjeros irregulares a nuestro país, numerosas tensiones desde el punto de vista de los principios en que se basa nuestro Estado de Derecho, pues no se puede obviar

⁸⁵ MARTINEZ ESCAMILLA, M. "Mujeres en el CIE, género, inmigración e internamiento". Sareak, N° 14. 2013.Ed. Gakoa

que con esta medida cautelar, en el supuesto contemplado en el artículo 57.1 de la Ley de Extranjería, se estaría privando de libertad a personas que tan sólo habrían cometido una irregularidad administrativa sancionada con la salida del territorio nacional o multa, cuando no es esta la única sanción a determinados supuestos de estancia irregular pues, como se ha visto, se puede optar por multa o expulsión, por lo que con la aplicación de esta medida se están decretando internamientos por infracciones administrativas que podían ser sancionadas con una simple multa, y aunque constitucionalmente se conciba el internamiento como una medida cautelar de una eventual sanción administrativa, consideramos que existen indicios más que suficientes para pensar que en la práctica el internamiento se utiliza como “sanción encubierta”, con la que se castiga la irregularidad administrativa que se impone, con el fin de amedrentar y presionar para que el extranjero irregular regrese a su país, o disuadirle de venir a España, obviando que el internamiento en estos centros de extranjeros no hace más que añadir un sufrimiento innecesario al drama humano de la inmigración, pues no se puede olvidar que las personas a quienes se encierra en los CIE en su mayoría han sufrido numerosas privaciones y penalidades para llegar a nuestro país en busca de mejores condiciones para su desarrollo, y el trato que se les da al llegar a España es algo que, como sociedad, nos debería avergonzar y nos tendría que hacer que pensar.

Conviene también advertir que la conceptualización del internamiento, al menos formalmente, como una medida cautelar, implica ciertas garantías que deben ser observadas y respetadas, como por ejemplo la no procedencia del internamiento cuando resulte altamente improbable que la expulsión pueda llevarse a efecto.

Otra nota característica y muy relevante de la medida de internamiento es su carácter excepcional, y como ya subrayaba el Tribunal Constitucional en la referida STC 115/1987, *"este carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermenéutico del favor libertatis, lo que significa que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o prevención"* (FJ1º).

Por lo que esta llamada “*medida cautelar*” tan solo tendría que utilizarse cuando fuera estrictamente necesaria y, por su naturaleza instrumental respecto de la expulsión, los extranjeros deberían ser puestos en libertad tan pronto como la expulsión, devolución o retorno se presentaran como inviables o de difícil ejecución.

Sin embargo esto no sucede en la práctica y es frecuente que se agote el plazo de internamiento de los sesenta días, y si no es posible hacer efectiva su expulsión en el citado periodo, sólo entonces es cuando los extranjeros son puestos en libertad, y ello a veces a pesar de que dicha imposibilidad fuera evidente con anterioridad, y por la sencilla razón de que una vez decretado el internamiento, no se revisa la conveniencia de mantenerlo o levantarlo a pesar de las vicisitudes del expediente y gestiones para la expulsión⁸⁶, por lo que en el actual periodo de recursos económicos escasos e incremento de las necesidades a cubrir, consideramos que el plazo de internamiento es desproporcionado, ya que supone una inversión económicamente muy costosa, en algo que se manifiesta como innecesario e injusto, todo ello sin dejar de mencionar el lado humanitario de los graves problemas de hacinamiento y serias deficiencias en las instalaciones de estos centros en cuanto a sus condiciones materiales, lo que no hace más que añadir, como hemos indicado, un sufrimiento mayor e innecesario al drama humano de la inmigración.

iii) Supuestos en que procede el internamiento:

Dicho esto volveremos a indicar, de una forma más sistematizada, cuáles son los diferentes casos en los que la Administración podrá solicitar el internamiento del extranjero:

1º. El artículo 62.1 de la L.O. 4/00 establece que una vez incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del

⁸⁶ La ampliación del plazo de internamiento introducida por la redacción dada al citado artículo 62 de la Ley de Extranjería por la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de cuarenta a sesenta días, hace que lo expuesto se prolongue durante este mayor tiempo. Es decir, es de prever que el extranjero permanezca internado durante sesenta días aunque la expulsión se manifieste como inviable o de difícil materialización antes del transcurso de este plazo.

artículo 54.1, en las letras a), d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de dicha Ley Orgánica, en los que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador.

El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá en el plazo de setenta y dos horas mediante auto motivado en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y en especial el riesgo de incomparecencia del sujeto por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes.

Establece el apartado segundo de dicho precepto que el internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente, estando el extranjero durante su internamiento en todo momento a disposición del órgano jurisdiccional que lo autorizó, debiendo comunicar la autoridad gubernativa a este cualquier circunstancia en relación a la situación del extranjero interno, así como solicitarle la puesta en libertad del mismo, si se tiene constancia de que en el referido plazo no va a poder llevarse a la práctica la expulsión acordada.

En su apartado tercero se preceptúa que cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo en conocimiento del Juez que autorizó su internamiento. Del mismo modo y por las mismas causas, podrá ser ordenado el fin del internamiento y la puesta en libertad inmediata del extranjero por el Juez, de oficio o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal.

2°. También cabe recordar, como ya mencionábamos, otro supuesto

donde se puede solicitar el internamiento del extranjero, y este es una vez concluido el procedimiento ordinario y para lograr la ejecución de la resolución adoptada si el extranjero no abandona voluntariamente el territorio nacional en el plazo establecido para ello, y una vez detenido no es posible conducirlo al puesto de salida en el plazo de setenta y dos horas.

3°. Igualmente se podrá acordar el internamiento del extranjero en los supuestos previstos en el artículo 15.3 del Reglamento, cuando denegada la entrada del extranjero en el territorio español por no reunir los requisitos establecidos en la ley, el regreso del mismo no pudiera llevarse a efecto en el plazo de 72 horas desde que se hubiera acordado⁸⁷.

4°. En el mismo sentido en el caso previsto en el artículo 23.4 del Reglamento, es decir, cuando proceda la devolución del extranjero por haber contravenido la prohibición de entrar en España, si no pudiera llevarse a efecto la misma en el plazo de 72 horas.

5°. Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio español.
Art. 89 C.P.

El artículo 258 del mencionado Reglamento de desarrollo de la Ley de Extranjería regulaba la normativa relativa al ingreso en los Centros de Internamiento de los extranjeros, cuando dicha medida era susceptible de ser adoptada en los supuestos expuestos, regulación que ha sido modificada por el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros ⁸⁸.

⁸⁷ Artículo 15.3 Reglamento “ El regreso se ejecutará de forma inmediata y, en todo caso, dentro del plazo de 72 horas desde que se hubiese acordado. Si no pudiera ejecutarse dentro de dicho plazo, la autoridad gubernativa o, por delegación de ésta, el responsable del puesto fronterizo habilitado, se dirigirá al juez de instrucción para que determine, en su caso, el lugar donde haya de ser internado el extranjero, hasta que llegue el momento del regreso, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero”.

⁸⁸ Publicado en el B.O.E. 15 de marzo de 2014, el cual deroga el art. 258 del Reglamento aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, así como la Orden de 22 de febrero de 1999 que establecía las normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, y traspone parcialmente la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros, para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular

En el artículo primero del citado Reglamento se establece que *“los centros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario, dependientes del Ministerio del Interior, destinados a la custodia preventiva y cautelar de extranjeros para garantizar su expulsión, devolución o regreso por las causas y en los términos previstos en la legislación de extranjería, y de los extranjeros que, habiéndoseles sustituido la pena privativa de libertad por la medida de expulsión, el juez o tribunal competente así lo acuerde en aplicación de lo dispuesto por el artículo 89.6 del Código Penal, teniendo el ingreso y estancia en dichos centros únicamente finalidad preventiva y cautelar, estando el mismo orientado a garantizar la presencia del extranjero durante la sustanciación del expediente administrativo y la ejecución de la medida de expulsión, devolución o regreso”*, de lo que se desprende que el extranjero que ingresa en este tipo de centros lo es, o porque se encuentra en “situación irregular” (generalmente por infracción tipificada como grave en el art. 53.1 a) de la LO 4/2000 de 11 de enero y que en virtud de su art. 57 puede llevar aparejada la expulsión), o porque se le sustituye una pena de prisión por una medida de expulsión, tal y como prevé el art. 89 C.P.

En este último caso, como se estudiara, para cuando el extranjero haya sido condenado por la comisión de un delito tipificado en el Código Penal español, en virtud de lo dispuesto en el artículo 89 del mismo, si la pena privativa de libertad es sustituida por la expulsión, en la propia sentencia o en auto posterior, y sólo en tanto se hace efectiva la misma el extranjero permanecerá en el centro.

Indicándose así mismo en el referido Reglamento que nadie podrá ser internado en un centro sin que medie resolución dictada por la autoridad judicial competente, que expresamente así lo autorice u ordene en los supuestos y con los efectos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en el artículo 89 del Código Penal, quedando en todo caso el extranjero internado a disposición del juez o tribunal que autorizó u ordenó el internamiento, debiendo mantenerse por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, sin que pueda exceder en ningún caso de sesenta días,

dándose la posibilidad de solicitar la autoridad administrativa un nuevo ingreso del extranjero si obedece a causas diferentes de las que motivaron la anterior reclusión .

iv) Duración del internamiento. Internamientos sucesivos.

En relación al plazo máximo de los sesenta días que puede prolongarse el internamiento del extranjero en el CIE (art. 21.2) reiteramos la crítica efectuada en cuanto al alargamiento de este plazo, de los cuarenta a los sesenta días, llevada a cabo por el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros de Internamientos de Extranjeros, pero nos parece loable que en el párrafo segundo de dicho art. 21.2 se establezca la posibilidad de que el juez que lo autorice pueda, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, establecer un periodo máximo de duración del internamiento inferior a los 60 días, porque si bien esto podía entenderse dado el carácter excepcional del internamiento, con independencia de lo que expresara la ley, no está de más regularlo a fin de garantizar el derecho fundamental a la libertad que está en juego, y así ya no cabe dudar de que el juez podrá decretar el internamiento por un plazo menor al establecido con carácter general y deberá levantarlo cuando las circunstancias dejen de justificar su mantenimiento.

Otro aspecto que considerábamos muy grave, y unido a la posibilidad de que el Juez pueda decretar el internamiento por un plazo menor del máximo fijado legalmente, es lo establecido el artículo 21.3, lo que puede denominarse internamientos sucesivos o consecutivos por la misma causa, al expresar dicho precepto que *“podrá solicitarse un nuevo internamiento del extranjero, por las mismas causas que determinaron el internamiento anterior, cuando habiendo ingresado con anterioridad no hubiera cumplido el plazo máximo de sesenta días, por el periodo que resta hasta cumplir éste. Igualmente se podrán solicitar nuevos ingresos del extranjero si obedecen a causas diferentes, en este caso por la totalidad del tiempo legalmente establecido”*, lo que no sólo estaba en contradicción con lo dispuesto en el artículo 62.2 de la Ley de Extranjería en el que se indica que *“ el internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que*

pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente”, sino que este cambio legislativo atentaba gravemente a los derechos del inmigrante, ya que permitía que por la misma causa un extranjero ingresara en diferentes ocasiones en un centro durante la tramitación de un mismo expediente administrativo, cuestión esta que era muy discutida, habiendo juzgados que autorizaban segundos o posteriores internamientos por la misma causa, mientras otros no, siendo la jurisprudencia muy dispar al respecto, y así podemos citar el auto del Juzgado de Instrucción no 5 de Zaragoza, de fecha 25 de mayo de 2012 que se pronuncia en el tenor literal siguiente: *“no podrá acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente... la resolución judicial... debe tener en cuenta si el extranjero también ha sido detenido, para evitar el internamiento sobrevenido o sucesivo”*. Esta polémica ha quedado zanjada, de forma acertada por la sentencia dictada por el Tribunal Supremo (Sala Tercera), de fecha 10 de febrero de 2015 que ha venido a anular dicho apartado, suprimiendo la posibilidad de un nuevo internamiento por la misma causa, por ser, entre otras cosas, contradictorio con lo recogido en la LOEX y atentar a los derechos fundamentales del extranjero.

- v) Carácter excepcional del internamiento. Principio de proporcionalidad. Control judicial.

Por lo que ha de concluirse que dado que la ley concibe el internamiento, no como una sanción, sino como una medida cautelar, que pretende asegurar la ejecución de una eventual sanción de expulsión, su adopción ha de tener siempre un carácter excepcional, debiendo autorizarse sólo cuando sea estrictamente necesario, ya que toda restricción de un derecho fundamental ha de estar presidida por el principio de proporcionalidad, tal y como se establece en el precitado artículo 62 de la Ley de Extranjería, el cual indica que *“el juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjeros tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así*

como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes". Por lo que no dejaría de vulnerar principios básicos, aparte del sentido común, el hecho de que se pudiera autorizar el internamiento de una persona para garantizar la ejecución de una eventual expulsión cuando desde el principio resulta evidente que la expulsión no podrá ejecutarse, (lo que puede suceder por múltiples razones, como por ejemplo, la pertenencia del extranjero a un país que no reconoce a sus nacionales). Y atendiendo al carácter absolutamente excepcional y a la naturaleza cautelar de la expulsión, deberían tan solo valorarse las posibilidades reales de que el expediente concluya con la sanción de expulsión y la viabilidad de que ésta se ejecute, debiendo adoptarse cuando sea absolutamente imprescindible por existir indicios fundados de que el extranjero pudiera eludir la expulsión, potenciándose la utilización de otras medidas cautelares menos drásticas, por lo que el Juez, previa audiencia del interesado e informe favorable del ministerio fiscal, sólo debería dictar un auto motivado autorizando o denegando el internamiento de acuerdo con el principio de proporcionalidad, la naturaleza cautelar y el carácter excepcional de la medida, ponderando también el riesgo de fuga y las demás posibilidades de elusión de la expulsión, junto con la probabilidad de que el expediente concluya con la sanción de expulsión y esta pueda ser ejecutable, sin aplicar de forma automática el plazo general de los sesenta días, sino un tiempo menor si ve factible que en el mismo puede resolverse la cuestión, sin dejar de controlar el internamiento, mientras el extranjero esta a su disposición, y levantando el mismo, sin llegar a agotar el plazo fijado, cuando existan indicios de que el mismo no se encuentra ya justificado (porque, por ejemplo, a pesar del transcurso de los días no se ha podido averiguar de dónde procede el extranjero, el país de donde parece ser no le reconoce como nacional, etc), para lo cual sería adecuado que la autoridad administrativa informara al Juzgado de Instrucción de las razones de la demora, de lo que se ha hecho y de la previsión de expulsión.

Pero si bien ello es así, y se refleja en el citado precepto 62 el principio de proporcionalidad, no se entiende la referencia que se hace a la *existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o*

procedimientos administrativos sancionadores pendientes, pues consideramos que estas circunstancias sólo podrían tener relevancia en cuanto incrementaran el riesgo de incomparecencia o fuga, por lo que la mención autónoma que se recoge podría propiciar el entendimiento y la aplicación del internamiento como una sanción en la que también se tienen en cuenta estos antecedentes, por lo que no cabe más que concluir que el internamiento sólo podrá decretarse cuando sea absolutamente imprescindible por existir indicios fundados de que el extranjero pudiera eludir la expulsión, debiendo primar en la decisión judicial el principio del “*favor libertatis*”, siendo excepcionales los supuestos en los que se acuerde el internamiento, por cuanto con la adopción de dicha medida cautelar se está restringiendo el derecho fundamental a la libertad, consagrado en el artículo 17 de la Constitución Española, máxime cuando el artículo 61.1 f) de la Ley de Extranjería configurara las medidas cautelares a adoptar por el Juez, como una lista abierta, pudiendo acordar el mismo cualquier otra medida cautelar que estime adecuada y suficiente.

Así mismo debemos indicar que a fin de que esta medida excepcional de internamiento sea adoptada de la forma más ajustada a derecho y en beneficio del extranjero, deberá ser necesario que el órgano administrativo motive suficientemente su solicitud de internamiento y el juez que se va a pronunciar sobre el mismo tenga todos los datos y documentos necesarios para valorar su adopción, y concluir si el internamiento solicitado está justificado desde la perspectiva de su carácter excepcional, documentación de la que también deberá disponer el abogado del extranjero a efectos de poder efectuar una defensa adecuada, es decir, tanto el juez, el Ministerio Fiscal – el cual deberá emitir su informe de forma preceptiva - y el abogado del extranjero deberían poder tener acceso al expediente administrativo completo, lo que en la práctica no sucede, pues la autoridad gubernativa suele remitir tan solo parte del mismo, y se reconoce validez de la petición de la autoridad policial simplemente mediante alegaciones genéricas formuladas en el atestado, bastando una mera referencia a su inmediata incoación.

Por lo que a este respecto el Reglamento debería haber sido más claro, ya que el artículo 23.2 indica que deberán aportarse los documentos que forman parte del expediente, pero no indica que sea el completo expediente

administrativo del extranjero, y así indica que *“el instructor que solicite la autorización de internamiento de un extranjero dispondrá su presentación ante el juez de instrucción competente, junto con aquellos documentos que formen parte del expediente o resolución de expulsión, devolución o denegación de entrada”*, por lo que si bien se amplía un poco la obligatoriedad de remitir los documentos que formen parte del expediente, no se exige la aportación íntegra del mismo.

La resolución del Juez autorizando o denegando el internamiento, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, debe adoptar la forma de auto, tras la apertura de las correspondientes diligencias indeterminadas y suele verificarse en muchas ocasiones formulariamente y de forma automatizada, sin tener presente, como advierte el Tribunal Constitucional que la intervención judicial no debe ser un simple acto de ratificación formal de la solicitud de internamiento, sino que ha de suponer una auténtica garantía del derecho a la libertad personal, que ha de huir del automatismo, para valorar motivadamente la procedencia de la medida y así garantizar el derecho a la libertad personal del extranjero, debiendo ponderar el Juez el riesgo de fuga y demás posibilidades de elusión de la expulsión, junto con las posibilidades de que el expediente concluya con una sanción de expulsión y que ésta pueda ejecutarse.

El precitado artículo 62 indica también que el Juez deberá tener en cuenta la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes, circunstancias estas que consideramos sólo podrán tener relevancia en cuanto incrementen el riesgo de fuga, porque si no es así, se configurará el internamiento como una sanción en que también se tienen en cuenta los antecedentes penales.

Sigue el citado precepto indicando que la autorización del internamiento se puede interesar una vez incoado el expediente y en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, lo cual es censurable, ya que el internamiento del extranjero derivado de infracciones administrativas debería solicitarse, y si es el caso disponerlo por el Juez de Instrucción competente (que será el Juez de

guardia del lugar donde se proceda a la detención del extranjero), tan sólo para la ejecución de una sanción de expulsión ya adoptada, pero no como medida cautelar a adoptar durante la tramitación del expediente de expulsión, con el fin de asegurar la ejecución de una eventual sanción de expulsión, y ello porque la eventual expulsión cuya ejecución, en caso de recaer, se pretende asegurar, ni siquiera es la única respuesta posible a la infracción administrativa supuestamente cometida por el extranjero, pues volvemos a recordar que la expulsión se configura como una posible respuesta, pero no la única, a determinadas infracciones administrativas reguladas en el artículo 57.1 la Ley de Extranjería, por cuanto ante estas infracciones -conductas tipificadas como muy graves, o conductas graves previstas en el art. 53.1 a),b),c),d) y f)- se puede optar por la imposición de una multa o por expulsión, por lo que en realidad se está decretando el internamiento durante la tramitación del expediente, cuyo objeto es una infracción sancionable con una simple multa, sin que resulte infrecuente en la práctica, que el expediente administrativo en el que se ha dictado un auto de internamiento concluya con la imposición de esta sanción, por lo que es evidente que la privación de libertad a la que ha estado sometido el extranjero es de lo más injusto e injustificable.

Es más, en los supuestos de estancia irregular contemplados en el art. 53 a) de la Ley de Extranjería⁸⁹, el Tribunal Supremo viene estableciendo como regla general la aplicación de la sanción de multa, debiendo motivarse por parte de las Delegaciones y Subdelegaciones de Gobierno las razones añadidas, más allá de la mera estancia irregular, para imponer la gravosa sanción de expulsión del territorio nacional (entre otras STS 27-01-06, STS 29-09-06, STS 22-12-05, STJS de 29-12-05, por lo que debemos concluir que para los supuestos de estancia irregular, al ser posible y recomendable la sanción de multa, la medida cautelar de internamiento no debería, ni solicitarse por la policía, ni autorizarse por el Juez de Instrucción.

Y si aceptamos que el internamiento debía de admitirse tan sólo para la ejecución de la expulsión ya acordada, de ello se derivaría que el plazo de

⁸⁹ “Encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo reglamentario”.

sesenta días de estancia máxima en el centro de internamiento es demasiado largo, pudiendo ser quizás suficiente un plazo de diez días prorrogable, de forma motivada cuando fuera estrictamente necesario por otros diez días, por analogía a los plazos establecidos en la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de *detención y entrega*⁹⁰.

Del carácter excepcional del internamiento y de su naturaleza instrumental respecto de la eventual sanción de expulsión, se deriva el que se debería poner fin al mismo si antes de expirar el plazo máximo de los sesenta días han cambiado las circunstancias que motivaron su adopción, al ponerse por ejemplo de manifiesto dificultades para ejecutar la expulsión, esto es, porque a pesar del transcurso de los días no se ha podido averiguar el país de procedencia del extranjero, el país de donde parece ser no le reconoce como nacional..., pero como hemos expuesto esto no suele producirse en la práctica forense y se deja transcurrir y agotar sin más el plazo del internamiento y si no es posible hacer efectiva su expulsión en el citado periodo, sólo entonces es cuando los extranjeros son puestos en libertad, por lo que quizás convendría establecer legalmente la obligación de la autoridad administrativa de, cada cierto periodo

⁹⁰ *Artículo 20 Entrega de la persona reclamada*

1. La entrega de la persona reclamada se hará efectiva por agente de la autoridad española, previa notificación a la autoridad designada al efecto por la autoridad judicial de emisión del lugar y fechas fijados, siempre dentro de los 10 días siguientes a la decisión judicial de entrega.

2. Si por causas ajenas al control de alguno de los Estados de emisión o de ejecución no pudiera verificarse en este plazo, las autoridades judiciales implicadas se pondrán en contacto inmediatamente para fijar una nueva fecha, dentro de un nuevo plazo de 10 días desde la fecha inicialmente fijada.

3. Excepcionalmente, la autoridad judicial podrá suspender provisionalmente la entrega por motivos humanitarios graves, pero ésta deberá realizarse en cuanto dichos motivos dejen de existir. La entrega se verificará en los 10 días siguientes a la nueva fecha que se acuerde cuando dichos motivos dejen de existir

4. Transcurridos los plazos máximos para la entrega sin que la persona reclamada haya sido recibida por el Estado de emisión, se procederá a la puesta en libertad de la persona reclamada, sin que ello sea fundamento para la denegación de la ejecución de una posterior orden europea basada en los mismos hechos.

5. En todo caso, en el momento de la entrega la autoridad judicial de ejecución española pondrá en conocimiento de la autoridad judicial de emisión el período de privación de libertad que haya sufrido la persona a que se refiera la orden europea, a fin de que sea deducido de la pena o medida de seguridad que se imponga

de tiempo, informar al Juzgado de Instrucción de las razones de la demora, de lo que se ha hecho y de la previsión de expulsión.

Así mismo, si bien es cierto que los Jueces de Instrucción de guardia del lugar donde se produce la detención no han de entrar a valorar la procedencia de la expulsión, por ser esta una cuestión administrativa, sino tan sólo la procedencia del internamiento, lo que sí tendrían que hacer estos es valorar si está justificada dicha medida cautelar desde la perspectiva de su carácter excepcional, debiendo denegarlo cuando, por diversos motivos, desde el principio esté clara la imposibilidad o dificultad de ejecutar la expulsión.

Y como estas son cuestiones que exigen un conocimiento de las normas administrativas y de las prácticas en extranjería, quizás deberían ser los Juzgados de lo Contencioso los competentes para autorizar y resolver acerca del mantenimiento o levantamiento del internamiento, lo que así ha sido propuesto por el Defensor del Pueblo, y en este sentido puede citarse como ejemplo, respecto a la entrada en domicilio acordada en el marco de un procedimiento administrativo, que inicialmente se le encomendó tal autorización al Juez de Instrucción, hasta que se dictó la Ley 29/1998 de la Jurisdicción contenciosa, que atribuye al órgano judicial de esta jurisdicción la competencia para dictar el auto de entrada en domicilio.

Por otro lado consideramos que es importante que se refuerce el control judicial de la ejecución del internamiento desde una jurisdicción especializada, como es la contencioso administrativa. A este respecto debemos apuntar que el punto segundo del art. 62 quarter LOEX reconoce lacónicamente un derecho del extranjero internado a plantear quejas y peticiones. Pero, ¿ante quién se ejerce ese derecho?⁹¹

En la práctica este órgano era el mismo que había dictado el auto de internamiento, esto es, el Juez de instrucción que estuviera de guardia en el momento de producirse la detención del extranjero de la jurisdicción donde se produjo la detención, pero no puede olvidarse que se trataba de un juez cuya

⁹¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: “¿Quién controla los CIE?”, en *Boletín Alter*, nº 5, diciembre 2010.

competencia sobre el internamiento de un extranjero la había determinado una circunstancia totalmente aleatoria: el estar de guardia en el momento de la detención, y que por su especialización probablemente desconocía no ya las peculiaridades en cuanto al funcionamiento y condiciones materiales del centro donde se iba a ejecutar el internamiento que él había autorizado, si no posiblemente también una materia tan específica como el régimen jurídico por el que se rigen los centros de internamiento, a lo que había que sumar que con frecuencia el extranjero era internado en un centro muy distante del lugar donde el juez tenía su jurisdicción, lo que dificultaba la comunicación y la información, por lo que difícilmente, estos juzgados podían garantizar la legalidad y el respecto a los derechos en el interior de los centros.

Por lo que se veía como una solución apropiada a esta cuestión la apuntada en una recomendación hecha por el Defensor del Pueblo, la de encomendar a uno de los Juzgados de Instrucción de cada una de las ciudades que contaban con un centro de internamiento, la responsabilidad de vigilar la ejecución de las medidas y resolver sobre las iniciativas que pudieran plantearse, a fin de que el mismo tuviera como función, salvaguardar los derechos de los extranjeros y corregir los abusos o desviaciones que pudieran darse por la Administración en la ejecución del internamiento, para dar con ello solución a la ausencia de un control judicial efectivo de los CIE, uno de los más graves fallos de la citada regulación.

Incluso el artículo 19 del Reglamento era más genérico y amplio e indicaba que las quejas y demás recursos las podría dirigir el extranjero directamente a cualquier organismo que considerara oportuno, preceptuando que *“los extranjeros internados podrán formular las peticiones o quejas, o interponer los recursos que correspondan, ante los órganos administrativos o judiciales competentes o ante el Ministerio Fiscal. Asimismo, los extranjeros internados podrán dirigir peticiones y quejas al Defensor del Pueblo y a los organismos e instituciones que consideren oportuno. En ambos casos también podrán presentarlas al propio director”*.

La solución a esta cuestión vino dada por el art. 62 LOEX en su redacción dada por la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley

de Extranjería, que consagró en el citado precepto una función de control jurisdiccional de los centros de internamiento y encomendó esta labor, siguiendo el criterio expuesto por el Defensor del Pueblo, a los jueces de instrucción del lugar donde estén ubicados los CIE. Es por tanto a estos jueces a quienes podrán dirigirse las personas privadas de libertad, sus abogados o asociaciones que trabajan en este ámbito para denunciar vulneraciones de derechos producidas en el día a día del encierro y presentar sus quejas y peticiones, y todo ello sin perjuicio de entender que el extranjero internado queda a disposición del juez o tribunal que ordenó o autorizó el internamiento (art. 2 RD CIE), por lo que serán los Juzgados encargados del Control de Estancia quienes conocerán de las quejas y reclamaciones presentadas por los internos del CIE o por quienes actúen en su representación, respecto de las materias referidas en el art. 62 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Y así, el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros nº 162/2014, de 14 de marzo de 2014, en su artículo 2.3, viene a indicar que *“además, al Juez competente para el control de la estancia de los extranjeros en el centro le corresponde conocer, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales y visitar los centros cuando conozca algún incumplimiento grave o lo considere conveniente”*.

vi) Crítica a modo de conclusión.

Para acabar este apartado haremos una reflexión en relación a la figura que consideramos más puede vulnerar los principales principios en que se basa nuestro Estado de Derecho, el mencionado internamiento de extranjeros.

En primer lugar hay que retomar la referencia a su “extraña” naturaleza jurídica, difícilmente compatible con las garantías de libertad derivadas de nuestro Estado de Derecho. Estamos ante una medida cautelar, según define el Tribunal Constitucional, por la cual se puede privar de libertad a personas que tan sólo habrían cometido una irregularidad administrativa sancionada con la

salida del territorio nacional o multa. Nótese que la eventual expulsión cuya ejecución, en caso de recaer, se pretende asegurar, ni siquiera es la única respuesta posible a determinadas infracciones de la LOEX. Así, como ya exponíamos con anterioridad, en los supuestos de estancia irregular, se puede optar por multa o expulsión, es decir, se están decretando internamientos por infracciones administrativas que podían ser sancionadas con una simple multa.

Además, insistimos en que a pesar de que teóricamente se concibe como una medida cautelar de una eventual sanción administrativa, existen indicios para pensar que en la práctica el internamiento se utiliza como sanción encubierta con la que se castiga la irregularidad administrativa, y se impone con el fin de amedrentar y presionar para que el extranjero irregular regrese a su país o para disuadirle de venir a España.

Al margen de su peculiar naturaleza jurídica debemos añadir, que los Centros de Internamiento de Extranjeros, constituyen un espacio de gran opacidad en cuanto a la actuación de la Administración, sin que hasta la fecha se hallan arbitrado las necesarias garantías jurídicas y condiciones materiales que eviten el abuso y la arbitrariedad, y aseguren el sometimiento de la Administración a la legalidad y ello pese a la normativa que los regula⁹².

Y aun cuando el ordenamiento jurídico vigente determina que los CIE no tienen carácter penitenciario, la revisión de su situación real permite concluir que, en realidad, funcionan como verdaderas cárceles donde las personas se encuentran retenidas, en la mayoría de casos, por la comisión de faltas administrativas como puede ser la de carecer de documentación en regla. No en vano, muchos de los CIE han sido habilitados en las instalaciones ocupadas anteriormente por centros penitenciarios, lo que no hace sino redundar en el ambiente e impronta carcelaria que rodea a estos centros.

⁹² Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, que vino a derogar la escasa y deficiente normativa al respecto contenida en el artículo 258 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, y la Orden del Ministerio de la Presidencia de 22 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.

Pero este carácter penitenciario va más allá de la propia arquitectura y estructura de los CIE, pues la privación de derechos que sufren los internos y el nivel de calidad de la estancia no distan mucho del que se aplica en los centros penitenciarios. Y ello a pesar de que, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, la negación por ley del carácter penitenciario de estos centros debiera presuponer un régimen de internamiento más favorable que el existente en las cárceles, algo que no corresponde con la realidad, siendo paradójico, incluso, que la regulación de los establecimientos penitenciarios sea más completa y detallada que la de los CIE.

Como hemos visto, la LOEX establece que las personas ingresadas en los CIE tienen únicamente restringido su derecho ambulatorio. Por esta razón se debería respetar por norma, con rango de Ley Orgánica (y no a través de Real Decreto), el resto de sus derechos fundamentales que, en muchos casos, le son vulnerados.

Y si bien es cierto que se han conseguido avances a nivel legislativo (por ejemplo: la creación de los Juzgados de Control, regulación de una estructura organizativa mínima en todos los centros, regulación detallada de los procedimientos de ingresos, salidas y traslados con detalle de la documentación que debe figurar en el expediente personal, la imposición de reconocimientos médicos y la creación de libros-registros, regulación de los horarios del centro, reuniones de seguimiento de la prestación de los servicios sanitarios, asistenciales y sociales), y a nivel fáctico, aunque sea en aspectos que puedan considerarse básicos (por ejemplo: la ampliación de horarios de visitas, acceso de ONG a los centros, previsión de mecanismos para la tramitación de quejas y reclamaciones, convenios con Colegios de Abogados para la prestación de Servicios de Orientación Jurídica, identificación de policías, instalación de cabinas para llamadas telefónicas, identificación de los internos en algunos CIE por su nombre y apellidos, etc.). Ello no es suficiente, porque se continúan vulnerando no pocas garantías y derechos fundamentales de estos internos.

Y así tan solo expondremos unas propuestas de mejora que a nuestro entender cabría realizar respecto al funcionamiento y condiciones de internamiento en los CIE; propuestas que, en algunos casos, son de *“lege*

ferenda” y pasan por la necesidad de reformar la regulación jurídica actualmente vigente y, en otros, tan solo requieren la adopción de medidas que permitan cumplir las previsiones legales existentes.

Sobre las propuestas de mejora a nivel legislativo, consideramos que sería necesario que se abordaran las reformas oportunas, al menos, en los siguientes aspectos:

1. Prohibición de internamiento en casos de mera estancia irregular por carecer de permiso de residencia o, en general, carecer de documentación en regla. La medida de internamiento debería restringirse verdaderamente a supuestos excepcionales en los que se evidenciara que la expulsión no podría efectuarse.

2. Reducción del plazo máximo de internamiento, por cuanto el plazo de 60 días actualmente vigente parece excesivo y, en todo caso, no justificado, teniendo en cuenta que la legislación anterior a la reforma acometida en el año 2009 especificaba un periodo máximo de 40 días.

Pues con la ampliación del plazo de internamiento de 40 a 60 días, lo único que nos hace pensar es que en la práctica, lo que sucede es que las deficiencias que se dan en estos internamientos y con ello la vulneración de determinados derechos de los extranjeros, se van a prolongar durante este mayor tiempo. Es decir, el extranjero va a permanecer internado durante sesenta días aunque la expulsión se manifieste como inviable o de difícil materialización antes del transcurso de este plazo, y si tenemos en cuenta las gravísimas deficiencias de los centros de internamiento en cuanto a hacinamiento, falta de asistencia social, jurídica, etc., la ampliación del plazo a sesenta días no puede sino empeorar tan deplorable situación, y en un periodo de recesión como el actual, de recursos económicos escasos e incremento de las necesidades a cubrir, la ampliación de ese plazo de internamiento tan solo ha demostrado y nos reafirma en la conclusión de que esta figura, más que una medida cautelar es una sanción encubierta .

3. Previsión de un control judicial exhaustivo de las actuaciones administrativas, por cuanto la actual regulación no cuenta con cauces que

incardinen la denuncia por los internos de las posibles vulneraciones de sus derechos y su posterior revisión judicial.

4. Vinculado a lo anterior, a diferencia también de lo que ocurre en el régimen penitenciario, no existe una instancia judicial cuyo cometido específico y regulado sea el garantizar el respeto de los derechos de los ingresados en estos centros y el respeto a la legalidad, sino que estas funciones están asignadas a los Juzgados de Instrucción donde se encuentran ubicados los CIE, órganos judiciales sin ningún tipo de especialización en la materia, y aunque la creación de estos Juzgados de Control de Estancia ha de considerarse un avance en la materia, la legislación vigente debería regular con detalle las funciones y procedimientos en relación con las actuaciones encomendadas a estos órganos judiciales.

5. Previsión de competencias compartidas entre los Ministerios de Interior, Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y el Ministerio de Empleo y Seguridad Social (o, en su defecto, aquel que ostente en cada momento la competencia en materia de extranjería, inmigración y emigración).Pues no parece justificable un modelo de gestión policial que dependa exclusivamente en todos los aspectos del Ministerio del Interior hasta el punto de atribuirle competencias ajenas a su ámbito de actuación, como son la prestación sanitaria o la asistencia social, por el mero hecho de que estos servicios deban garantizarse en el interior de los centros.

6. En este mismo sentido, la convivencia en el interior de los CIE no debería quedar en manos de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, que carecen de la formación precisa (a pesar de que el Real Decreto 162/2014 insiste en este aspecto), debiendo depender, preferentemente, de personal especializado en asistencia social o de un cuerpo funcional especializado. Pues mientras que en los centros penitenciarios las labores de vigilancia y tratamiento corren a cargo de funcionarios civiles especializados, los funcionarios de los CIE pertenecen al Cuerpo Nacional de Policía, sin que se les exija ningún tipo de formación específica. No se trata en absoluto de dar por hecho un mal hacer de la policía, pero sí de poner de manifiesto que, por las funciones que tiene encomendadas la policía, esta se relaciona con la inmigración de una forma

totalmente represiva, por lo que sería conveniente que el interior de los CIE no estuviera en manos de los funcionarios de la policía, debiendo depender, preferentemente, de personal especializado en asistencia social, o de un cuerpo funcional especializado.

7. Mayor desarrollo de las instalaciones y servicios con los que obligatoriamente se deben dotar los CIE, diferenciando, al respecto, de una forma más clara y nítida, lo que es estructura organizativa del centro, de los distintos servicios que han de prestarse y de las instalaciones que deben componerlo (todo lo cual parece entremezclarse en el Reglamento CIE).

Llama la atención, en este sentido, que la legislación penitenciaria desarrolle con mayor grado un aspecto tan básico como éste, previendo, al efecto, un mayor número de espacios que los que se contemplan en el Reglamento. En este sentido, ni el servicio de orientación jurídica ni el servicio de traducción forman parte de las instalaciones y estructuras mínimas, lo que, además de ser inaceptable, impide la puesta en práctica de buena parte del contenido material del Reglamento.

8. Las personas ingresadas en dichos centros se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad e indefensión: inmigrantes en su mayoría recién llegados a nuestro país, desconocedores de su funcionamiento y, que en muchos casos, ni siquiera saben, entienden o pueden expresarse en nuestro idioma y que la única infracción cometida para ser detenidos y privados de libertad fue venir a nuestro país en búsqueda de un trabajo, de unas mejores condiciones de vida, de una vida más digna y que tras salvar las grandes dificultades con las que se encuentran hasta llegar a España, se ven detenidos, encerrados y custodiados por la policía. Consideramos por ello necesario, un mayor desarrollo del catálogo de derechos que asisten a los internos, eliminando, en este sentido, cualquier atisbo de menoscabo o restricción a los mismos pues, tal y como se establece en la LOEX, los internos únicamente se encuentran privados de la libertad ambulatoria, no del resto de sus derechos.

9. Reconocimiento generalizado y sin restricciones del derecho de acceso y visita de las ONG a los CIE, permitiendo, además, que puedan desarrollar o realizar actividades dentro de los mismos.

10. Por otro lado en los CIE se dan graves problemas de hacinamiento y serias deficiencias en las instalaciones en cuanto a sus condiciones materiales, concebidas, edificadas y gestionadas siguiendo un esquema marcadamente penitenciario. A ello se unen las dificultades que vienen sufriendo ONG y Asociaciones relacionadas con estos temas para desarrollar su labor, entrar en los CIEs y contactar con los inmigrantes, por lo que se ha de extender la obligación de transparencia que ha de presidir toda actuación de los poderes públicos, al ámbito de los CIE, imponiendo, en este sentido, la obligación de publicar periódicamente información sobre el funcionamiento y condiciones de los CIE o facilitar la información que sea requerida desde determinadas instancias.

11. Desarrollo de un catálogo de infracciones y sanciones u otro tipo de medidas accesorias o coercitivas que permitan dotar de seguridad jurídica a las actuaciones del director del centro y los funcionarios del cuerpo de policía en beneficio de los internos, no admitiéndose la imposición de sanción o medida alguna en supuestos distintos a los contemplados en la legislación.

Por estas y otras muchas razones, diversos autores, instituciones y organizaciones nacionales e internacionales han venido criticando dura y reiteradamente las condiciones jurídicas y materiales del internamiento de extranjeros, e incluso han abogado por su supresión ⁹³, por considerar que el internamiento es sólo un ejemplo de cómo se utiliza el poder coercitivo del Estado en la represión de la inmigración irregular, una forma totalmente errónea de gestionar los movimientos migratorios, sin que los reducidos éxitos de contención que en su haber se puedan computar consigan justificar las ingentes cantidades de dolor que genera. Por lo que si no se llega a la

⁹³ MARTINEZ ESCAMILLA, M. ¿Qué son los CIÉ? Crítica. Año 61, N°. 973, 2011 (Ejemplar dedicado a: La cárcel del siglo XXI: desmontando mitos y recreando alternativas)

supresión de dicho internamiento, si consideramos que debe reducirse el plazo máximo del mismo, por cuanto el actual de 60 días parece excesivo y en todo caso, no justificado, teniendo en cuenta que la legislación anterior a la reforma acometida en el año 2009, especificaba un periodo de 40 días.

Así mismo sólo reiterar, para concluir este apartado, el carácter totalmente represivo de la normativa europea, reflejado en la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 ⁹⁴, en cuyo artículo 15 autoriza a los Estados miembros a encerrar a los extranjeros, cuando se entienda necesario para la ejecución de la expulsión, por un periodo de seis meses, pudiéndose prorrogar esta privación de libertad por doce meses más cuando la expulsión no se haya podido efectuar por falta de cooperación el extranjero o por demoras en la obtención de la documentación necesaria, lo que supone por ejemplo y lleva al despropósito de que si un inmigrante oculta su nacionalidad, o esta no es determinada por causas no imputables al extranjero como puede ser la falta de colaboración de su país, resulta conforme con el derecho europeo mantenerlo privado de libertad hasta dieciocho meses, viéndose con ello vulnerados fundamentales derechos humanos por el solo hecho de buscar una vida mejor en otro país, y ello en aras a un pretendido derecho del Estado de controlar sus flujos migratorios, lo que evidencia el poder coercitivo del Estado en la contención y represión de la inmigración irregular.

VI. SUPUESTOS EN QUE NO PROCEDE LA EXPULSION GUBERNATIVA.

La potestad de la Administración de imponer la sanción de expulsión queda restringida respecto de los extranjeros en los que concurren determinadas circunstancias que se detallan en los apartados 5 y 6 del artículo 57 de la L.O. 4/00, si bien el apartado 5 señala que la restricción no operara, y por tanto si podrá acordarse la expulsión, cuando la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1 (conductas

⁹⁴ Relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, a la que el Parlamento Europeo dio el visto bueno el 18 de julio de 2008 y que es más conocida como “Directiva de la Vergüenza”.

contrarias a la seguridad exterior de España o infracciones muy graves de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana) , o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, y así indica el apartado quinto del referido artículo 57 que no podrán ser expulsados, salvo que concurran las circunstancias indicadas :

- a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años.
- b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado.
- c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.
- d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

Tampoco se podrá imponer o, en su caso, ejecutar la sanción de expulsión al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo.

Añadiendo el apartado sexto del precitado artículo, que la expulsión no podrá ser ejecutada cuando ésta conculcase el principio de no devolución, o afecte a las mujeres embarazadas, cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre.

Otorga así, tímidamente, la legislación sobre extranjería cierta protección frente a la expulsión por causa del arraigo en territorio español o por meras razones humanitarias,

refiriéndose sólo a determinados sujetos, en especial los residentes permanentes, y limitándola a las sanciones administrativas previstas en la LOEX, aunque no todas, pues los supuestos del art. 89 del Código Penal quedan al margen y no protege frente a las infracciones muy graves del art. 54.1 a) LOEX, ni ante la reiteración de ciertas infracciones administrativas graves o muy graves a la normativa de extranjería. Nos encontramos, por tanto, ante un ámbito estrecho de protección legal frente a la expulsión, derivada del arraigo en territorio español y de la vida familiar, que, sin embargo, como comprobaremos más adelante, ha sido ampliamente superada por nuestra jurisprudencia, tanto mediante la utilización del arraigo como causa de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo de expulsión, como a través de la utilización de la protección a la vida familiar como límite para la adopción de tal medida sancionadora⁹⁵

VI. 1. Precisiones.

a) Extranjeros de larga duración.

Al amparo de lo dispuesto en el apartado b) consideramos necesario efectuar las siguientes puntualizaciones, respecto a la aplicación de la expulsión del art. 57.2 de la Ley de Extranjería, a extranjeros con autorización de residencia permanente.

La cuestión a dilucidar sería si un extranjero que cuenta con autorización de residencia permanente (en la actualidad, denominada de "larga duración ") puede ser expulsado cuando incurre en el supuesto definido en el citado precepto, es decir, "*cuando 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*", a lo que debemos responder afirmativamente, aunque dicha medida no debería ser aplicada de forma automática, sino que habrán de valorarse las circunstancias de arraigo y perjuicio al interés general, tal y como indica la Directiva 2003/109 y el art. 57.5 de la Ley de extranjería ⁹⁶.

⁹⁵ SANTOLAYA MACHETTI, P., en *Derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Colección Novedades de Derecho Público, número 6. Valencia., Tirant lo Blanch, Institut Dret Público, enero, 2004

⁹⁶ Véase la sentencia nº 430/2013, de 13 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dictada en el recurso de apelación nº 423/2011, interpuesto frente a la sentencia de 28 de septiembre de 2011 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Huesca, dictada en el procedimiento abreviado nº 86/2011 .

b) El trabajo de los penados.

En relación al apartado d) en ocasiones como indica algún autor ⁹⁷ se invoca como causa de no aplicación de la sanción de expulsión el trabajo de los penados en los Centros Penitenciarios, conforme a la relación laboral especial del Real Decreto 728/2001, no obstante aún gozando el penado de la protección de la Seguridad Social, incluso frente a la contingencia de desempleo que percibirán cuando sean excarcelados, se concluye que el mero hecho de trabajar para el Organismo de Instituciones Penitenciarias no debe impedir la aplicación de la expulsión.

Más complejo sería el supuesto del extranjero receptor de ayudas económicas asistenciales de carácter público, municipales o provinciales, destinadas a evitar la marginalidad y facilitar su inserción o reinserción social o laboral, en cuyo caso tampoco podría decretarse su expulsión, por lo que dichos extranjeros permanecerían en situación irregular en España con las ayudas económicas de la asistencia social y la normativa sancionadora de extranjería resultaría inútil, pues no podría tener lugar la expulsión, ni la multa, en su caso, podría hacerse efectiva dada la inembargabilidad y el importe a que suelen ascender dichas ayudas sociales ⁹⁸.

c) El arraigo y la vida familiar.

En relación al supuesto contemplado en el art. 57.5.d), párrafo segundo, y en cuanto a la utilización de la protección a la vida familiar como límite para la adopción de tal medida sancionadora, el Tribunal Supremo ha estimado que de la expulsión del territorio nacional, como medida sancionadora, no se desprende la vulneración del derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 de la Constitución, pues no se invade la esfera privada e íntima de la familia, al no revelarse o divulgarse dato alguno relativo al matrimonio o a cualquiera de los cónyuges, ni se produce ingerencia o intromisión en su vida privada, aun cuando afecte a la relación matrimonial, considerando que de no ser legítima se atentaría al derecho y deber de convivencia conyugal, pero no a su privacidad (SSTS, 3ª, de 30 de abril de 1993, 24 de abril de 1999, 1 de julio del 2000 y 21 de mayo de 2001).

⁹⁷ MELON MUÑOZ, A. “La expulsión del territorio nacional en el ámbito de la extranjería”, Manuales de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial, año 2006.

⁹⁸ MELON MUÑOZ, A. Ob. cit.

Sin embargo, dicho tribunal no ha dejado de lado el principio rector de protección de la familia para limitar la facultad estatal de expulsar de su territorio a los extranjeros que incurran en las infracciones administrativas a las que se anuda tal sanción, sobre la base de la relevancia del arraigo y la vida familiar. Así, atendiendo, en todo caso, a las circunstancias concurrentes en el momento en que se adopte la decisión administrativa, sobre la base de una interpretación y aplicación sistemática de los arts. 68 del Código Civil y 32 y 39 de la Constitución, considera no autorizada la expulsión de los extranjeros casados con español o española que se encuentren trabajando en España sin haberseles dado la posibilidad de obtener el correspondiente permiso de residencia, pues de lo contrario se impediría la convivencia marital y se conculcaría el principio constitucional de protección social y económica de la familia al forzar la separación de hecho de los cónyuges (por todas, SSTS, 3ª, de 24 de abril de 1999, 27 de abril de 1999 y 20 de noviembre del 2000) ⁹⁹.

Tal jurisprudencia sigue la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en interpretación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, limita la facultad de expulsión de los Estados por razones humanitarias o de tipo familiar, sobre la base de que la medida de expulsión constituye una injerencia en la vida familiar, sólo admisible si reúne las condiciones del párrafo segundo del citado precepto, es decir, si está prevista en la ley y está encaminada a uno o varios de los objetivos legítimos que dicho precepto enuncia, y, además, si es necesaria en una sociedad democrática para realizar dichos objetivos, es decir, si ha sido adoptada para responder a una necesidad social imperiosa y los medios empleados son proporcionales a los fines perseguidos¹⁰⁰

d) Regularización del extranjero una vez acordada su expulsión.

⁹⁹ Al respecto, SANTOLAYA MACHETTI, P. Ob. Cit.

En el mismo sentido, SSTS, 3.a, de 24 y 27 de abril, 11 de octubre, 13 y 15 de noviembre de 1999 y 1 de julio y 13 de noviembre de 2000, que afirman que sólo cuando se demostrara haberse respetado la preferencia que la Disposición Adicional

Tercera del Real Decreto 1119/1986, que aprueba el reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de uno de julio, reconoce a tales cónyuges para la obtención del permiso de residencia, cabe entender que el extranjero o extranjera casado con española o español ha incurrido en causa de expulsión si se encuentra en España sin permiso de residencia.

¹⁰⁰ QUESADA POLO, S. *La expulsión de los extranjeros y el respeto de la vida privada y familiar en la Jurisprudencia de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cuadernos de Derecho Judicial número XXII, Consejo General del Poder Judicial, 1996.

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha sostenido también que cuando, una vez acordada la expulsión del territorio nacional de un extranjero, se le concede permiso de residencia o trabajo, es decir, se regulariza su situación en España, debe estimarse aquella medida sancionadora implícitamente revocada por la Administración, pues en tal supuesto se produce la invalidez o ineficacia sobrevenida de la orden de expulsión (SSTS, 3ª, de 22 de mayo de 2003, recurso de casación 2236/1999), cobrando así verdadera eficacia los derechos fundamentales del extranjero.

e) **Extranjero: víctima o testigo de un delito.**

Los artículos 59 y 59 bis) de la L.O. 4/00 regulan unos supuestos en los que el extranjero podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado, aún cuando haya incurrido en determinadas infracciones, si ha sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, tráfico ilícito de mano de obra o de explotación de la prostitución con abuso de la situación de necesidad, y ello si denuncia a las autoridades a los autores y cooperadores de dicho tráfico, o presta su colaboración aportando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente (art. 59.1), señalando el art. 59.3 que a los que hayan quedado exentos de responsabilidad por esta causa se les facilitara, a su elección, el retorno a su país de origen o la estancia y residencia en España, así como un permiso de trabajo y facilidades para su integración social, e incluso se establece que si el Ministerio Fiscal considera imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales lo comunicara a las autoridades gubernativas para que consideren la inejecución de su expulsión, o autoricen su regreso a España, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas de las previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales (art. 59.4).¹⁰¹

Al respecto, debe tenerse también en cuenta la Directiva 2004/81/CE, de 29 de abril, sobre expedición de permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes

¹⁰¹ El título V del Reglamento aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril recoge unos supuestos de residencia temporal por circunstancias excepcionales por arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público, por ser mujer víctima de violencia de género, por colaboración contra redes organizadas y por ser víctima de la trata de seres humanos.

VII. EFECTOS DE LA EXPULSION GUBERNATIVA.

Del análisis del artículo 57.3 y 4 de la L.O. 4/2000 se desprende que:

1.- En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa, por la comisión de la misma infracción.

2.- La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado.

En este sentido sostiene el Tribunal Supremo la improcedencia de la expulsión cuando se encuentren pendientes de resolver los procedimientos de regularización de la situación del extranjero, y así la sentencia de la Sala 3ª, Sec. 6ª, de fecha 22-7-2000, rec. 1904/1996, anuló la expulsión y la prohibición de regresar a España en el plazo de cinco años decretada por el Ministerio del Interior contra un ciudadano marroquí, que había intentado legalizar su situación solicitando permiso conjunto de trabajo y residencia para regularizar su situación al amparo del Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 junio 1991, sin que la Administración hubiera resuelto tal petición, señalando que *“si cuando se le expulsó de España al recurrente aun no había dado respuesta la Administración a la solicitud de permiso de trabajo y residencia para legalizar su estancia en territorio español, resultaba improcedente la expulsión decretada puesto que el recurrente estaba pendiente de que la Administración le concediese el permiso de trabajo que había interesado”*.

3.- La expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español. La duración de la prohibición se determinará en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso y su vigencia no excederá de cinco años, salvo cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, que podrá imponerse un período de prohibición de entrada de hasta diez años (art. 58.1, 2 LOEX).

A diferencia de lo establecido en los artículos 89.7 y 108.3 del C.P. no se especifica en este precepto de la L.O. 4/00 las consecuencias en caso de que se quebrante esta prohibición de entrada, que el Código Penal con anterioridad a la reforma de 1/2015

fijaba en el cumplimiento de la pena que fue sustituida, o en la expulsión directa por la autoridad gubernativa, si el extranjero es sorprendido en la frontera, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

Por otro lado, como expusimos en el apartado de este trabajo relativo a la expulsión gubernativa como medida alternativa a la multa, es quizás en este momento de fijar el plazo de prohibición de entrada en territorio nacional cuando se puede graduar el alcance de esta sanción, dando así de alguna manera contenido al principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción de expulsión.

De todas formas y como se estudiará más adelante, con la L.O. 2/2015, de 30 de marzo de reforma del Código Penal se ha venido a suprimir este automatismo de expulsión automática del extranjero que regresara a España antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido por el Juez, en el caso de sustitución de la pena de prisión por la de expulsión del territorio español, pues dicha reforma especifica que ello será así, *“salvo que, excepcionalmente el Juez o Tribunal, reduzcan 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 que se haya producido su incumplimiento”*, lo que consideramos acertado, pues con ello se evitará de alguna manera el automatismo que se recogía en la anterior regulación y va a tener el juez o tribunal que personalizar la consecuencia genérica de cumplimiento de la pena sustituida, a las causas concretas que han impulsado al extranjero a quebrantar esa prohibición, aunque por otro lado estos términos son confusos, imprecisos e indeterminados y dependerán de la concreta valoración y criterio del juez, lo que es contrario al principio de seguridad jurídica .

VIII. EJECUCION DE LA EXPULSION.

La ejecución de las resoluciones sancionadoras se efectuara de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo III del Título XIV del Reglamento de desarrollo de la Ley de Extranjería, sin perjuicio de las peculiaridades establecidas para el procedimiento preferente, y conforme a lo establecido en la L.O. 4/2000 (art. 64), pudiendo adoptarse en su caso las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no

sea ejecutiva la resolución de expulsión ¹⁰².

Y así establece el artículo 246 del citado Reglamento, que una vez notificada al extranjero la resolución de expulsión este vendrá obligado a abandonar el territorio español en el plazo que se determine (entre siete y treinta días salvo prórroga), que comenzara a transcurrir desde el momento de la notificación de la citada resolución, pero expirado dicho periodo de cumplimiento voluntario sin que el extranjero haya abandonado el territorio nacional, se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se deba hacer efectiva la expulsión.

Si la expulsión no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas desde la detención, podrá solicitarse la medida de internamiento que se mantendrá por el tiempo imprescindible para ejecutar la expulsión, sin que en ningún caso pueda exceder del período de los sesenta días establecido en el artículo 62 LOEX., o hasta que se constate la imposibilidad de ejecutarla en dicho plazo.

Pero lo expuesto no es aplicable, como hemos visto, en el caso de haberse tramitado la expulsión por el procedimiento “preferente”, dado que en este supuesto se prevé que la ejecución de la orden de expulsión se efectuara de forma inmediata (art. 63.7 L.O. 4/00).

En el supuesto del artículo 57.2 LOEX, y para el caso de que el extranjero se encuentre en prisión, a fin de que la Administración puede llevar a cabo la expulsión del mismo, se hace necesario que por parte del centro penitenciario se le de cuenta con cierta antelación de la excarcelación del penado, y así establece el art. 26 del Reglamento Penitenciario que “ *si el penado fuese un extranjero sujeto a medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena, conforme a lo dispuesto en la ley de extranjería, el Director notificará, con una antelación de tres meses o en el momento de formular la propuesta de libertad definitiva, a que se refiere el art. 24.2, la fecha previsible de la extinción de la condena a la autoridad competente, para que provea lo necesario con arreglo a lo dispuesto en la legislación vigente*”. Así mismo deberá ponerse en conocimiento del Juez sentenciador, del Juez de Vigilancia Penitenciaria, si

¹⁰² Véase art. 55 y 61 de la L.O. 4/2000

es el caso, y del Ministerio Fiscal.¹⁰³

Así mismo el art. 256 del Reglamento de la Ley de Extranjería, establece la obligación de los directores de los establecimientos penitenciarios de notificar, con cierta antelación, a la Oficina de Extranjería y a la Comisaría provincial de Policía correspondiente, la excarcelación de los extranjeros condenados por delito, a los efectos de la posible expulsión, si es el caso. Igual obligación se fija para el encargo del Registro Central de Penados, la de comunicar los antecedentes penales de los extranjeros que hayan sido condenados por delito doloso, castigados con pena de prisión superior a un año, a los efectos de la incoación del correspondiente expediente de expulsión¹⁰⁴.

¹⁰³ *Artículo 24 RPen* 1. Para poder proceder a la liberación de los condenados a penas privativas de libertad será necesaria la aprobación de la libertad definitiva por el Tribunal sentenciador o del expediente de libertad condicional por el Juez de Vigilancia.

2. Con una antelación mínima de dos meses al cumplimiento de la condena, el Director del establecimiento formulará al Tribunal sentenciador una propuesta de libertad definitiva para el día en que el penado deje previsiblemente extinguida su condena, con arreglo a la liquidación practicada en la sentencia.

3. Si quince días antes de la fecha propuesta para la libertad definitiva no se hubiese recibido respuesta, el Director del establecimiento reiterará la propuesta al Tribunal sentenciador, significándole que, de no recibirse orden expresa en contrario, se procederá a liberar al recluso en la fecha propuesta.

4. Las propuestas de libertad definitiva de los liberados condicionales se formularán por el Director del centro a que estén adscritos, teniendo en cuenta lo dispuesto en los apartados anteriores.

5. En el expediente personal del penado se extenderá la oportuna diligencia de libertad definitiva, tanto si la liberación tiene lugar en el centro como si la última parte de la condena se ha cumplido en situación de libertad condicional, expidiéndose y remitiéndose certificaciones de libertad definitiva al Tribunal sentenciador y al Juez de Vigilancia”

Artículo 27 RPen “También se notificará al Ministerio Fiscal la fecha previsible de extinción de la condena en los supuestos legales de sustitución de la pena por medida de expulsión del territorio nacional y, en todo caso, cuando se trate de penados extranjeros que extingan condenas inferiores a seis años de privación de libertad”.

¹⁰⁴ Art. 256.4 “Los directores de los establecimientos penitenciarios notificarán a la Oficina de Extranjería y a la comisaría provincial de policía correspondientes a su demarcación, con tres meses de anticipación, la excarcelación de extranjeros que hubieran sido condenados en virtud de sentencia judicial por delito, a los efectos de que en su caso se proceda a la expulsión de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. A estos efectos, en los expedientes personales de los extranjeros condenados se hará constar si les ha sido incoado expediente de expulsión, así como en su caso el estado de tramitación en que se halle”.

Art. 256.5 ” El Registro Central de Penados comunicará, de oficio o a instancia de la Oficina de Extranjería o de la Comisaría de Policía correspondientes, los antecedentes penales de los extranjeros que hayan sido condenados por delito doloso que tenga señalada pena superior a un año de prisión, a los

Incluso cuando el Ministerio Fiscal conozca que un extranjero se encuentra imputado en un procedimiento por delito menos grave y pudiera estar incurso en alguna de las causas de expulsión previstas en la LOEX, sin que hubiera sido incoado el correspondiente expediente administrativo sancionador, informará sobre tal imputación a la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente para que ésta compruebe si procede o no la incoación de expediente de expulsión. A los mismos efectos, el Ministerio Fiscal comunicará a la autoridad gubernativa las condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año (art. 256.3 REX). En igual sentido deberán actuar los órganos judiciales (art. 257 REX).

En relación al carácter recurrible de la resolución administrativa de expulsión establece el artículo 65 de la L.O. 4/2000 que las resoluciones administrativas serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes y su régimen de ejecutividad será el previsto con carácter general, pudiendo en todo caso el extranjero que ya no se encuentre en España cursar los recursos procedentes, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, las cuales los remitirán al organismo competente.

En lo que se refiere a los costes de la expulsión, sin perjuicio de lo que establece el artículo 66 respecto de los transportistas, el artículo 64.3 L.O. 4/00 establece que la ejecución de la misma será a costa del extranjero si tuviere medios económicos para ello, en otro caso se comunicara al representante diplomático o consular de su país a los efectos oportunos (art. 246 REX.).

En este punto debemos indicar que no se puede ignorar la dificultad notoria en la ejecución de las órdenes de expulsión por razones presupuestarias, así como las dificultades que se presentan cuando no está plenamente determinada la nacionalidad del extranjero, pues en la mayoría de ocasiones es este el primer interesado en hacer desaparecer o no facilitar su identidad a fin de evitar tal medida, y también cuando el país al que se le atribuye no lo reconoce como nacional.

efectos de la incoación del correspondiente expediente de expulsión, a cuyo fin remitirá un certificado de aquéllos”

VIII.1. Expulsiones de ciudadanos de la Unión Europea.

En relación a la eficacia y ejecución de las órdenes de expulsión de extranjeros en el ámbito de la Unión Europea dictadas por otro Estado de la Unión, establece el artículo 64.4 de la L.O. 4/00 que cuando un extranjero sea detenido en territorio español y se constate que contra él se ha dictado una resolución de expulsión por un Estado miembro de la Unión Europea, se procederá a ejecutar inmediatamente la resolución, sin necesidad de incoar nuevo expediente de expulsión, pudiéndose solicitar la autorización del Juez de instrucción para su ingreso en un centro de internamiento, con el fin de asegurar la ejecución de la sanción de expulsión ¹⁰⁵. En este supuesto cabría plantearse la cuestión de si esta regla podría incurrir en inconstitucionalidad, pues posibilita la ejecución de una resolución de expulsión de otro Estado miembro de la Unión Europea al margen de procedimiento alguno y sin posibilitar la audiencia del interesado, vulnerándose, por ello, los arts. 24 y 105 a) CE.

Otra cuestión bien distinta, es la posibilidad que reconoce nuestro ordenamiento jurídico de poder proceder a la expulsión de un extranjero, nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, y así en el apartado 10 del estudiado art. 57 LOEX se regula el supuesto de expulsión de un residente de larga duración de otro Estado miembro, cuando la infracción cometida sea una de las previstas en los artículos 53.1.d) y f) y 54.1.a) y b) de la LOEX ¹⁰⁶, y se establece el procedimiento para llevarlo a cabo,

¹⁰⁵ Tiene su fundamento dicho precepto en la Directiva 2001/40 CE del Consejo de 28 de mayo de 2001, DOCE L-149/34 de 2 de junio de 2001, sobre reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

¹⁰⁶ Art. 53.1 Son infracciones graves...

d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.

f) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

Art. 54.1 Son infracciones muy graves:

a) Participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

al igual que para el caso de la expulsión de un residente de larga duración que sea beneficiario de protección internacional, reconocida por otro Estado miembro de la Unión Europea (art. 57.11 LOEX)¹⁰⁷

Por su lado 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 contempla también dicha posibilidad en su artículo 15.1¹⁰⁸ cuando indica que se podrá

b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.

¹⁰⁷ Párrafo 11 del artículo 57, introducido por L.O. 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial. “ Cuando, de acuerdo con la normativa vigente, España decida expulsar a un residente de larga duración que sea beneficiario de protección internacional reconocida por otro Estado miembro de la Unión Europea, las autoridades españolas competentes en materia de extranjería solicitarán a las autoridades competentes de dicho Estado miembro información sobre si dicha condición de beneficiario de protección internacional continúa vigente. Dicha solicitud deberá ser respondida en el plazo de un mes, entendiéndose, en caso contrario, que la protección internacional sigue vigente.

Si el residente de larga duración continúa siendo beneficiario de protección internacional, será expulsado a dicho Estado miembro.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores será de aplicación para las solicitudes cursadas por autoridades de otros Estados miembros de la Unión Europea respecto a los extranjeros a los que España hubiera concedido la condición de beneficiario de protección internacional.

De conformidad con sus obligaciones internacionales, y de acuerdo con las normas de la Unión Europea, España podrá expulsar al residente de larga duración a un país distinto al Estado miembro de la Unión Europea que concedió la protección internacional si existen motivos razonables para considerar que constituye un peligro para la seguridad de España o si, habiendo sido condenado por sentencia firme por un delito de especial gravedad, constituye un peligro para España. En todo caso, cuando la protección internacional hubiera sido reconocida por las autoridades españolas, la expulsión sólo podrá efectuarse previa tramitación del procedimiento de revocación previsto en la normativa vigente en España en materia de protección internacional”.

¹⁰⁸ “Artículo 15. Medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública.

1. Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia:

a) Impedir la entrada en España, aunque los interesados presenten la documentación prevista en el artículo 4 del presente real decreto.

b) Denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia previstas en el presente real decreto.

proceder a la expulsión de un ciudadano miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, solo o con los miembros de su familia, cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, *“razones estas que deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente, sin que la existencia de condenas penales anteriores pueda constituir, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas”* (art. 15.5 d) ¹⁰⁹.

De todas formas y como un mero apunte, que dejamos sólo señalado y que estudiaremos en el siguiente capítulo de este trabajo, es esta misma posibilidad de expulsión de los ciudadanos la Unión Europea que prevé el Código Penal y de forma novedosa en la reforma del artículo 89C.P., llevada a cabo por la L.O. 2/2015, de 30 de marzo, al disponer en su apartado cuarto la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea, 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, estableciendo algunos requisitos cuando el mismo hubiera residido en España durante los diez años anteriores¹¹⁰.

c) Ordenar la expulsión o devolución del territorio español.

Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Asimismo, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen”.

¹⁰⁹ Ver sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión europea de 29 de abril de 2004 (TSCE 2004/166) y de 7 de junio de 2007 (TJCE 2007/128).

¹¹⁰ Art. 4, párrafo segundo: “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

Ante ello tenemos que concluir, como ya tendremos ocasión de exponer, que esta medida deberá ser interpretada en un sentido restrictivo, y con un previo control de las instituciones de la Unión Europea, a fin de que sea lo más respetuosa posible con los derechos que se derivan de la ciudadanía europea, pues si bien los Estados miembros disponen de libertad para definir, con arreglo a sus necesidades nacionales, cuáles son esas exigencias de orden y seguridad pública, no deja de ser una excepción al principio fundamental de libre circulación de las personas que, como hemos indicado, debe interpretarse en un sentido restrictivo .

VIII.2. Suspensión ejecución.

a) Supuestos.

No obstante, por disposición legal se prevé la suspensión de la ejecución de la orden de expulsión en determinados supuestos:

1. Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente a los efectos de que se valore la inejecución de su expulsión y, en el supuesto de que se hubiese ejecutado esta última, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas, sin perjuicio de que se puedan adoptar algunas de las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales (art. 59.4 LOEX).

2. Se suspenderá la ejecución de la resolución de expulsión cuando se formalice una petición de asilo, hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto, conforme a lo dispuesto en la normativa de asilo (arts. 64.4 LOEX).

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”.

Y aclara el apartado 5 del art. 64 LOEX que no será precisa la incoación de expediente de expulsión para proceder al traslado, escoltados por funcionarios, de los solicitantes de asilo cuya petición haya sido inadmitida a trámite en aplicación de la ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, al ser responsable otro Estado del examen de la solicitud, de conformidad con los convenios internacionales en que España sea parte, cuando dicho traslado se produzca dentro de los plazos en que el Estado responsable tiene la obligación de proceder al estudio de la solicitud.

Y aunque es cierto que no debe confundirse el supuesto de ejecución de orden de expulsión, como sanción impuesta por la comisión de una infracción administrativa, con la salida obligatoria del territorio español del solicitante de asilo que ve declarada la inadmisión a trámite de su solicitud, podemos plantearnos como indica algún autor ¹¹¹, si no nos encontramos aquí ante una verdadera detención, aunque se denomine "traslado", debiendo ser en este caso aplicables las garantías propias de tal medida de privación de libertad.

3. Por último, se prevé la suspensión de la expulsión en los casos de mujeres embarazadas cuando suponga un riesgo para la gestación o la vida o integridad física de la madre, de forma acorde con lo dispuesto en el art. 57.6 LOEX.

Como se aprecia, estos supuestos de suspensión legal de la ejecución de la orden de expulsión encuentran su fundamento en variadas razones, ya sean de política criminal o meramente humanitarias, y responden al tratamiento meramente casuístico de determinadas situaciones heterogéneas entre sí.

b) La suspensión de la ejecución como medida cautelar.

En lo que atañe a la vía administrativa, como es sabido, el principio general es, según lo establecido en el art. 111 LRJPAC, que la interposición de cualquier recurso (excepto los casos en que una disposición establezca lo contrario) no suspenderá la ejecución del acto impugnado. A ello, debe añadirse que el art. 94 de la misma Ley

¹¹¹ CAMPO CABAL, J. M. Ob. Cit. Hace referencia este autor a la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1999, de 27 de septiembre, en la que se señala que si a la situación de compulsión personal en la "zona de rechazados" no precede una orden actual de expulsión o devolución, la situación sólo puede calificarse de detención preventiva, aplicándose, en consecuencia, el límite máximo de 72 horas, contadas desde el inicio de la situación de privación de libertad.

establece que los actos de las Administraciones Públicas serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo dispuesto en los arts. 111 y 138, señalando este último que la resolución de los procedimientos sancionadores será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa.

De lo que se desprende que el recurso administrativo interpuesto frente a una orden de expulsión carece de efectos suspensivos. Sin embargo, el sancionado tiene la posibilidad de solicitar la suspensión del mencionado acto ante la Administración, hallándose ésta facultada, incluso de oficio, para acordarla, previa ponderación de los intereses en juego, el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el daño que se ocasionaría al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, siempre y cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: a) que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, y b) que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el art. 62.1 de la referida Ley.

De todas formas si bien es esta la normativa general, hay que recordar que la Administración no podrá adoptar tal medida suspensiva cuando la expulsión se imponga en el seno de un expediente tramitado por el procedimiento preferente, pues en tal caso esta se ejecutará inmediatamente (art. y 63.7 LOEX).

Pero para el supuesto de que se adoptará en vía administrativa dicha medida, debe tenerse en cuenta que el art. 111.4 LRJPAC prevé que la suspensión podrá prolongarse después de agotada la vía administrativa cuando exista medida cautelar y los efectos de esta se extiendan a la vía contencioso administrativa. Añadiendo dicho precepto que si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud.

No obstante lo expuesto, resulta notorio que la Administración, aún en los supuestos de arraigo del extranjero en España, donde se hallaría perfectamente justificada la suspensión de ejecutividad del acto de expulsión, no adopta tal decisión amparándose en meras razones de política de extranjería, lo que atenta al derecho a la efectividad de la llamada tutela cautelar de los extranjeros, de conformidad con la doctrina elaborada al respecto por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 78/1996,

de 20 de mayo, y 199/1998, de 13 de octubre, pues es evidente que la ejecución de dicha expulsión, al no ser adoptada la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la expulsión, haría ilusoria la eficacia de un hipotético fallo estimatorio de la pretensión del recurrente .

Pero lo cierto es que la Administración, en base al grave daño que al interés general podría causar una aplicación generalizada de la medida cautelar de suspensión de ejecutividad de los actos administrativos de expulsión de extranjeros, por evidentes razones de política migratoria, ha optado por no aplicar el automatismo en la adopción de dicha medida, siendo este el criterio seguido por las SSTS, 3.^a, de 21 de mayo de 2002 (recurso de casación 7516/1999) y 16 de julio de 2002 (recurso de casación 7922/1999) que rechazan la suspensión automática de las órdenes de expulsión del territorio español y ello en base, a que una eficaz política de control sobre la entrada y estancia de extranjeros en nuestro país exige una actuación rápida y determinante de las autoridades y en atención de que el ejercicio de las potestades de expulsión constituye un mecanismo que permite, tanto corregir las vulneraciones de la Ley como disuadir a terceros de su infracción.

c) Criterios jurisprudenciales.

A continuación expondremos los criterios jurisprudenciales más relevantes en los supuestos de suspensión de la ejecución como medida cautelar.

1. En primer lugar y en relación a la dificultad que tiene el ciudadano extranjero obligado a salir del territorio español para defenderse en el proceso, ha declarado el Tribunal Supremo, que esta dificultad no tiene por sí sola un valor decisivo para provocar la suspensión de la ejecución de la orden de expulsión, por lo que si no se acreditan otros perjuicios, el mero alejamiento del proceso del extranjero carece de relevancia para justificar la suspensión de la salida.

En este sentido se pronuncia la STS, 3.^a, de 13 de noviembre de 2000 (recurso de casación 10009/97), refiriéndose al propio proceso en el que se impugna la orden de expulsión, reiterando dicha sentencia la doctrina contenida en otras anteriores, como las SSTS, 3.^a, de 25 en noviembre de 1995, 2 de diciembre de 1995, 17 de febrero de 1996 y 13 de marzo de 1999, que se citan en la misma.

Ahora bien, dicha doctrina debe ser matizada ante la existencia de procesos judiciales sin resolver ajenos al motivado por la resolución de expulsión, en los que el sancionado es parte o interesado. Así, cabe afirmar que si bien la necesidad de defenderse en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo de expulsión no es razón bastante para justificar la suspensión del propio acto impugnado porque, de lo contrario, la suspensión se convertiría en una medida cautelar automática y esto no se compadece con el principio de eficacia administrativa, ello no obsta para que en aquellos casos en que se encuentra pendiente un proceso judicial por otra causa, en el que es parte el recurrente, el criterio a seguir deba ser el contrario, dado que la expulsión podría comportar la imposibilidad o, al menos, una grave dificultad para ejercer el derecho de defensa en ese proceso, ajeno al de expulsión, con plena efectividad. En este sentido se pronuncian las SSTS, 3ª; de 31 de enero de 2002, que se refieren a la existencia de un proceso de filiación, y 3 de abril de 2002 (recurso de casación 7917/1999), en relación con la intervención del extranjero expulsado en un proceso penal como perjudicado.

2. El segundo supuesto haría referencia al caso en que se encuentre pendiente de resolución administrativa la solicitud de regularización de la situación del extranjero.

En estos supuestos no cabría la ejecución de la expulsión y ello porque la jurisprudencia ha atribuido preferencia a los procedimientos encaminados a la legalización de la situación de un extranjero en España, frente a la ejecución de la orden de expulsión que pueda pesar sobre él.

Y así ha declarado reiteradamente que no resulta conforme a Derecho la ejecución de la orden de expulsión o de la obligación de salida del territorio español de un extranjero, mientras la Administración no ha resuelto su solicitud de permiso de residencia o de trabajo, de exención o dispensa de visado para la tramitación de aquellos permisos o de regularización de su situación oportunamente presentadas, resultando, en esos casos, una de las finalidades de la suspensión la de permitir que el procedimiento encaminado a la legalización sea resuelto por la Administración, sin que su tramitación o la eficacia de la resolución recaída pueda verse obstaculizada por la orden de

expulsión (SSTS, 3.a, de 18 de marzo de 2003, recurso de casación 2976/1998, y 3 de abril de 2002, recurso de casación 7917/1999)¹¹².

No obstante, conviene precisar que dicha doctrina no resulta aplicable cuando la solicitud de permiso de residencia o de trabajo ha tenido lugar con posterioridad a la iniciación del expediente de expulsión con conocimiento del extranjero, evitándose así que aquella solicitud sea utilizada fraudulentamente para blindar la permanencia en España del citado extranjero, frente a la hipotética orden de expulsión (STS, 3.a, de 14 de junio de 2001, recurso de casación 7963/1999).

3. Por último vamos a analizar si el arraigo y la protección de la vida familiar en nuestro país justifican la suspensión de ejecutividad de la expulsión.

La jurisprudencia mantiene una posición favorable a la suspensión de las resoluciones administrativas que ordenan la expulsión del territorio nacional de un extranjero cuando éste presenta arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales, económicos o profesionales, pues en tal supuesto la ejecución de la orden de expulsión es susceptible de ocasionar a los interesados daños de difícil reparación que en parte afectarían a su situación personal. De modo que el objetivo del tal medida es mantener la inexecución del acto impugnado hasta la decisión definitiva del recurso, cuando su ejecución, consecuencia lógica de la presunción de legalidad del acto, pueda ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación para el interesado, frustrando así la finalidad legítima del recurso (SSTS, 3ª, de 18 de julio de 2000, recurso de casación 9409/1998, y 23 de enero de 2001, recurso de casación 11.697/1998)¹¹³.

Ahora bien, no basta la existencia de arraigo para justificar la medida cautelar de suspensión de ejecutividad de la orden de expulsión, puesto que aquella medida es el

¹¹² En este sentido, también SSTS, 3.a, de 29 de marzo de 1988, 29 de mayo de 1991, 25 de noviembre de 1995, 17 de febrero de 1996, 19 febrero 2000, 18 de julio del 2000, 22 de julio del 2000, 30 de septiembre 2000, 19 de diciembre 2000, 24 de febrero 2001 y 17 de julio del 2003

¹¹³ En este sentido se pronuncian numerosas resoluciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, atendiendo a muy diferentes circunstancias, entre otras:

-- Sentencias de 23 de diciembre de 1996 y 21 de noviembre de 2000, relativas a extranjero casado con español, aun cuando existiera separación de hecho.

-- Sentencias de 19 de diciembre de 2000, sobre extranjero padre y pareja de hecho de ciudadanas españolas.

-- Sentencia de 20 de marzo de 2001, relativa a una situación de residencia legal en España durante un largo periodo de tiempo, hallándose escolarizados en nuestro país los hijos del extranjero expulsado.

-- Sentencia de 17 de julio de 2003, referente a un extranjero cuyo padre y hermano residen en España.

resultado de la ponderación entre, por una parte, el interés público en la inmediata ejecución y la perturbación que para dicho interés pueda seguirse de la transitoria suspensión y, por otra, el interés del recurrente, representado por la efectividad de su tutela judicial, que puede quedar afectado por la inmediata ejecución del acto si de la misma pudieran seguirse daños de difícil o imposible reparación.

Por ello, acreditado el arraigo en España del extranjero objeto de la orden de expulsión, debe concretarse en qué medida el interés público exige su ejecución, lo que obligará a la Administración a probar, con alegaciones concretas y no meras generalizaciones, que la suspensión de la orden de expulsión perjudica gravemente a los intereses generales (SSTS, 3ª, de 25 de febrero de 1999, recurso de casación 7247/1994, y 23 de enero de 2001, recurso de casación 11.697/1998, y 16 de julio de 2002, recurso de casación 7922/1999).

Y si bien la citada jurisprudencia exige que la situación de arraigo en España por razón de intereses familiares, económicos o sociales resulte suficientemente justificada, de modo que pueda ser verificada por el tribunal, no exige la misma prueba plena de la concurrencia del tal arraigo, sino tan sólo un "principio de prueba" que permita tener por verosímil *prima facie* las circunstancias que alega el interesado (STS, 3ª, de 23 de octubre de 2002, recurso de casación 8451/1999), y así el solicitante de la medida cautelar deberá proporcionar al tribunal un "principio de prueba" de los perjuicios que puedan irrogársele en el caso de que se denegare la tutela provisional para que se tenga por verosímil lo alegado por el mismo, sin que se exija a esos efectos una prueba plena de tales perjuicios, pues basta con la mera probabilidad o verosimilitud de la concurrencia del hecho para que la medida solicitada deba ser concedida, siempre que concurren las restantes circunstancias que la ley reclama.

De los diferentes intereses que pueden justificar la suspensión de la ejecución de la orden de expulsión, especial mención hay que hacer a la existencia de arraigo por circunstancias familiares, sobre la base de que los daños que la expulsión lleva aparejados sobre la vida familiar del afectado se consideran incompatibles con el principio de protección a la familia, constitucionalmente protegido en el art. 39 de la Constitución (STS, 3ª, de 19 de diciembre de 2000).

En cuanto al concepto de lo que debe entenderse por familia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha decantado por un concepto amplio de la misma que va más allá de los cónyuges e hijos menores, apreciándose arraigo por razones de convivencia con padres, abuelos, nietos y familiares colaterales, cuando exista dependencia económica entre éstos y el extranjero objeto de expulsión (Sentencia de 4 de octubre de 1996, referida a extranjera que convive con su padre, del que depende económicamente; Sentencias de 11 de octubre y 20 diciembre de 1996, sobre extranjero que convive con su madre de la que depende económicamente; Sentencia de 18 de julio 2000, que contempla la existencia de lazos familiares en España entre parientes en línea directa en primer y segundo grado; Sentencia de 27 de octubre de 1995, sobre convivencia con abuelos que dependen económicamente del extranjero objeto de expulsión; Sentencia de 10 de marzo del 2000, referente a relaciones familiares colaterales que se comprometen a asistir económicamente al extranjero expulsado).

Por otro lado se han equiparado al matrimonio las uniones de hecho, tal y como se afirma en la STS, 3ª, de 18 de julio de 2000 (recurso de casación 9738/1998) en la que se expone que la existencia de una unión de hecho estable y continuada, análoga a la conyugal, permite apreciar la existencia de perjuicios irreparables inherentes a la expulsión, derivados del arraigo en España del solicitante, por razón de ruptura de la agrupación familiar, suficientes para justificar la suspensión de ejecutividad de la expulsión. Añade la citada sentencia que la distinción entre el cónyuge y el conviviente de hecho tiene justificación en la determinación de su régimen jurídico, dado que el matrimonio desde el punto de vista jurídico-formal no es equiparable a las uniones de hecho, pero no puede considerarse justificada la distinción cuando se trata de atender únicamente a aspectos relacionados con la situación de hecho de convivencia y afecto en la pareja, siguiendo la doctrina contenida en la STC 222/1992, de 11 de diciembre, y en la STS de 1 de junio de 1999.

No obstante ello, y para concluir este apartado debemos indicar que la jurisprudencia ha requerido, en todo caso, prueba objetiva de la existencia de unión marital de hecho estable y continuada, es decir convivencia "more uxorio" más allá de la mera unión sentimental, aunque contare con promesa de matrimonio (SSTS, 3ª, de 13 de noviembre de 2000, recurso de casación 10.009/1997, y 25 de marzo de 2002, recurso de casación 3619/1999).

IX. FIGURAS AFINES.

Antes de concluir este apartado de las expulsiones gubernativas, tan solo nos queda hacer una breve referencia a otras figuras afines, adoptadas también por la Administración, que conllevan la salida obligatoria del extranjero del territorio español y carecen de naturaleza sancionadora.

Estas medidas son: el retorno, las salidas obligatorias, las llamadas expulsiones colectivas y la devolución.

IX.1. El retorno o denegación de entrada.

El retorno del extranjero, tiene lugar cuando la entrada del mismo no es autorizada en la frontera o en el puesto fronterizo habilitado, por no reunir la misma los requisitos establecidos por la ley, lo que determina necesariamente el retorno a su país de origen de forma inmediata.

Y así el artículo 60 LOEX establece que a los extranjeros a los que en la frontera se les deniegue la entrada, según lo previsto en el artículo 26.2 de esta Ley, por no cumplir con los requisitos establecidos para la entrada, estarán obligados a regresar a su punto de origen extranjero.

La resolución de la denegación de entrada conllevará la adopción inmediata de las medidas necesarias para que el extranjero regrese a su punto de origen en el plazo más breve posible, pero si ello no es posible en el plazo de 72 horas, podrá la autoridad gubernativa que ha denegado la entrada solicitar del Juez de Instrucción la correspondiente autorización para proceder a su internamiento en un centro de detención de extranjeros, en el cual los extranjeros tan solo estarán privados del derecho ambulatorio y se encontraran a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiendo comunicarse su detención al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país.

IX.2. Las salidas obligatorias.

A las salidas obligatorias se refiere el art. 28.3 c) LOEX, como una medida a adoptar en los supuestos de falta de autorización para encontrarse en España, en especial por no cumplir o haber dejado de cumplir los requisitos de entrada o de estancia, o en

los de denegación administrativa de solicitudes de prórrogas de estancia, de autorizaciones de residencia o de cualquier otro documento necesario para la permanencia de extranjeros en territorio español, así como de las renovaciones de las propias autorizaciones o documentos.

Dicha medida determina la obligada salida del país donde se encuentre el afectado, recogida a modo de advertencia mediante diligencia en la resolución administrativa dictada al efecto, quedando excluida de la misma las resoluciones de inadmisión a trámite de las solicitudes, dictadas en aplicación de la Disposición Adicional Cuarta de la LOEX.

En estos supuestos la salida obligatoria deberá llevarse a cabo en el plazo indicado en la resolución denegatoria de la solicitud formulada o, en su caso, en el plazo máximo de 15 días contados desde el momento de notificación de la citada resolución, salvo que se prorrogare hasta un máximo de 90 días de concurrir circunstancias excepcionales y contar el interesado con medios de vida suficientes. De no efectuarse la salida en el plazo indicado se aplicará lo previsto para los supuestos a que se refiere el art. 53 a) LOEX, pudiéndose, por tanto, transformar en una expulsión del territorio nacional.

IX.3. Las llamadas expulsiones colectivas.

Es relevante al respecto la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su sentencia de 29 de febrero de 1999 (Andric contra Suecia) define el término que debe darse a la expulsión colectiva, expresando que la misma consiste en cualquier medida que obligue a los extranjeros, en cuanto grupo, a abandonar un país, excepto en el caso de que tal medida sea adoptada sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada individuo.

De lo que se desprende, que el hecho de que un número importante de extranjeros reciban decisiones semejantes no debe conducir necesariamente a la conclusión de que nos encontramos ante una expulsión colectiva, si cada persona afectada tuvo ocasión de presentar sus alegaciones individuales contra la expulsión y recibir una respuesta individualizada.

En el mismo sentido la STEDH de 5 de febrero del 2000 (Conka contra Bélgica) reitera que la expulsión de un grupo de extranjeros pierde el carácter de "colectiva" si es

adoptada tras un examen objetivo y razonable de cada caso, y da lugar a una motivación en los mismos términos, matizando que la identidad o gran similitud entre las motivaciones de decisiones individuales de expulsión conduce a apreciar que se produce un tratamiento de grupo y no individual. Ahora bien, ello no ha de significar que un país no pueda, por razones de economía o eficacia, realizar una expulsión de un número más o menos elevado de extranjeros en un mismo medio de transporte, estimada como mera expulsión en grupo, no colectiva.

En definitiva, de lo expuesto debe concluirse, como así lo hace algún autor, que el fundamento de la prohibición de la expulsión colectiva es la protección de los derechos individuales de las personas, que se ven menoscabados si son tratadas sólo como parte integrante de un grupo ¹¹⁴.

IX.4. Devoluciones. Especial referencia a las llamadas “devoluciones en caliente”. Crítica.

La devolución del extranjero (art. 58 LOEX.) se contempla en dos supuestos: en primer lugar, para el caso de los extranjeros que habiendo sido expulsados del territorio nacional, contravengan la prohibición de entrada en España, independientemente de que la expulsión fuera adoptada por las autoridades españolas o por la de alguno de los Estados con los que España tenga suscrito convenio en este sentido, y en segundo lugar, para el supuesto de aquellos extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en España, y sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones.

En ambos supuestos no será preciso la tramitación del expediente de expulsión, debiendo acordándose la misma por la autoridad gubernativa competente para la expulsión (Subdelegado del Gobierno o del Delegado del Gobierno en la Comunidades Autónomas unipersonales), quien en caso de no poder llevarla a efecto en el plazo de setenta y dos horas, podrá solicitar de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.

Pretensión de legalizar lo ilegalizable. Disposición adicional décima LOEX.

¹¹⁴ CHUECA SANCHO, A. G., en "El Derecho internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros", *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería*, número 1, Lex Nova, Valladolid, noviembre 2002.

No queremos finalizar este capítulo relativo a la expulsión gubernativa sin abordar un tema de absoluta actualidad y que consideramos vulnera los derechos más elementales y fundamentales de los ciudadanos extranjeros: las llamadas “expulsiones en caliente”.

No es discutible que la búsqueda del bienestar y una mejora de vida es lo que explica el porqué de la gran parte de los movimientos migratorios que se producen en este siglo, y aunque estos han sido una constante a lo largo de la historia, en estos momentos, más que nunca, la gran desigualdad que caracteriza el mundo contemporáneo hace que millones de personas se decidan a salir de su país de origen en busca de ese deseado nivel de bienestar que le ofrece, aunque sea en apariencia, los países mas repletos de posibilidades, los desarrollados económicamente.

Y en este contexto nuestro país, por sus características geográficas, es un enclave delicado para estos movimientos migratorios, pues las fronteras terrestres de la Unión Europea se extienden hasta el continente africano en el perímetro de dos ciudades españolas.

España es el único país de la Unión Europea que tiene fronteras terrestres en el Sur de la Unión Europea, con las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. En ellas se construyeron unas vallas metálicas que trazan la separación con Marruecos, con la idea de que este muro debería ser prácticamente infranqueable, pero la dura realidad es que es superado constantemente por aquellos que huyen de la miseria luchando por sobrevivir ¹¹⁵.

¹¹⁵ La valla de Melilla es una alambrada metálica de acero que separa físicamente Marruecos y Melilla, cuyo único propósito es dificultar la inmigración irregular. Comenzó a levantarse en 1998, primero como una sola valla y finalmente como dos vallas paralelas de tres metros de altura, que fueron recrecidos hasta los seis metros en 2005, añadiéndose en 2007 entre ambas vallas un tercer obstáculo, conocido como 'sirga tridimensional', que alcanza los tres metros.

Estos muros metálicos, con una longitud cercana a los 12 kilómetros, fueron construidas en terreno español bordeando la carretera ML-300 conocida como 'de circunvalación'.

Desde Marruecos, la persona que quiera entrar a Melilla debe pasar una carretera perimetral, una doble alambrada de espino, una zanja de tierra de dos metros de profundidad y cuatro de anchura y finalmente una pista de seguridad repleta de fuerzas auxiliares y puestos de vigilancia antes de toparse con la valla. Una vez delante, la barrera consiste en una alambrada ciclónica de unos siete metros de altura inclinada 10 grados hacia Marruecos que cuenta con concertinas barbadadas o de cuchillas a primera altura, mallas 'antitrepa' a media altura y está coronada por unos flejes de acero de mayor inclinación, que impiden el apoyo de escaleras y hacen que la parte de arriba de la valla sea inestable, dificultando su traspaso. Si se consigue franquear, antes de llegar a la segunda valla, de seis metros de altura, hay que

La presión sobre estos dos perímetros fronterizos es enorme y se traduce en intentos casi diarios de forma grupal de saltar la valla. Pero si bien es cierto que el Estado español no puede hacer dejación en el ámbito de la seguridad, protegiendo las fronteras e impidiendo que se pueda entrar en territorio nacional vulnerando las mismas, también lo es que no puede olvidarse que quienes pretenden saltar la valla y entrar irregularmente en España no son delincuentes, sino seres humanos en busca de una vida mejor, personas que en muchas ocasiones huyen de la guerra y miseria de su país de origen, por lo que el Estado no puede hacer uso de la fuerza a través de la Guardia Civil (Cuerpo policial al que le está encomendada la custodia fronteriza), ni utilizar unos medios coercitivos que lesionen los derechos humanos y fundamentales de los extranjeros, y si en algún momento estos bienes jurídicos entraran en conflicto (la defensa de la legalidad fronteriza y la protección de la integridad de los inmigrantes), siempre habrá que resolverse a favor de la integridad, vida y salud de los inmigrantes, por lo que la necesidad de hacer compatible la protección de las fronteras, como obligación que impone el Derecho nacional y el Derecho comunitario (Código de Fronteras Schengen) con la defensa de los derechos y la integridad de quienes intentan vulnerar esas fronteras de forma ilegal, sino siempre es fácil, si que debe tener en todo momento una solución respetuosa con los derechos y dignidad del inmigrante.

Dicho esto vamos a profundizar en lo que viene a llamarse “expulsiones”, “devoluciones en caliente” o “devoluciones sumarias” en Ceuta y Melilla.

pasar la llamada sirga tridimensional: un entramado de cables de acero anclados con estacas de diferentes alturas –que van desde uno hasta tres metros- que impide el paso tensándose al apoyar peso en él, imposibilitando el uso de escaleras y la colocación de mantas para acceder a la segunda y última alambrada.

A estas medidas físicas hay que sumar otras de tipo tecnológico, tales como el dispositivo de alarma temprana que salta cuando alguien se apoya en la parte exterior de la valla; el sistema de focos cegadores que se activa a la vez que la alarma exterior; el sistema de cámaras móviles que enfocan automáticamente hacia el punto donde se ha detectado el movimiento; el sistema de luces de alarma y sirenas que avisa de forma visual y sonora del punto donde se detecta un movimiento sospecho; o el sistema de agua a presión con pimienta que, a pesar de permanecer instalado, nunca se ha llegado a usar debido a las posibilidades de causar graves lesiones al rociar gas pimienta contra gente que viene agotada y en muchos casos con enfermedades respiratorias.

Una vez pasada la valla, el inmigrante se encuentra con los helicópteros de la Policía y la Guardia Civil, las torretas de vigilancia instaladas cada 500 metros y las patrullas de vigilancia que circulan por la carretera perimetral y que cuentan con visores nocturnos y térmicos. Información obtenida de eldiario.es. 20.11.13.

Pero nada bueno le espera al inmigrante que a pesar de todos los obstáculos consigue entrar en nuestro territorio, pues sin papeles, sin derecho a un trabajo, el Estado no va a escatimar en medios para echarle del país: detenciones, internamientos, repatriaciones ...

Estas expresiones hacen referencia a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando entregan a las autoridades marroquíes, por la vía de hecho, a los ciudadanos interceptados en la zona de soberanía española, sin seguir el procedimiento legalmente establecido, ni respetar las garantías reconocidas internacionalmente. Dichas prácticas, que llevan años practicándose en la Frontera del Sur de Europa, consisten en proceder por la Guardia Civil a “devolver” de una forma sumaria a las personas migrantes que logran saltar la valla que separa Ceuta y Melilla, a través de las puertas que existen en la propia valla, prácticas totalmente prohibidas en el Derecho internacional y que atentan contra los más fundamentales derechos de los migrantes como veremos, y ello aunque el Estado se esfuerce en justificar y defender este actuar argumentando que se trata de “rechazos en frontera” de personas que no han logrado alcanzar territorio español, porque no se encuentran en dicho territorio hasta que no han culminado la entrada irregular en España, argumentando que para ello es preciso superar, no sólo la doble valla construida en Ceuta y Melilla, sino también a los agentes de la Guardia Civil que impiden la entrada, aplicando con ello un “concepto operativo de frontera “ diferente del concepto jurídico de la misma, a través de la cual la frontera territorial española se reduciría o expandiría de manera flexible y arbitraria, dependiendo de dónde se encuentre situada la Guardia Civil, lo que consideramos totalmente censurable .

Pues bien, a fin de legalizar lo que consideramos absolutamente ilegal y dotar de cobertura legal a estas prácticas, el Gobierno del Partido Popular , a través de su grupo parlamentario en el Congreso, aprovechando la tramitación en curso del Proyecto de Ley de protección de la seguridad ciudadana, introdujo una enmienda en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), que produjo una crítica unánime tanto a nivel nacional como internacional, pero que no consiguió la retirada de la misma, aprobando el 26 de marzo de 2015 en el Congreso - con los únicos votos del Grupo parlamentario popular- la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana que incorpora una disposición adicional décima a la LOEX ¹¹⁶, con la que se crea la figura de “ rechazo en frontera”, estableciendo un régimen especial para Ceuta y Melilla, que no consiste más que en “ legalizar” la actuación de la Guardia Civil en estas ciudades

¹¹⁶ que entró en vigor el día siguiente a su publicación, esto es, el 1 de abril de 2015.

consistente, como hemos señalado, en la entrega a las fuerzas marroquí, por la vía de hecho y al margen de cualquier procedimiento, de personas interceptadas en el perímetro fronterizo.

La citada disposición tiene la siguiente redacción:

“Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla.

- 1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.*
- 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.*
- 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional”.*

Pero la frontal oposición y control de la legalidad constitucional de dicho precepto no se ha hecho esperar y diferentes diputados del Grupo parlamentario socialista, de IU, ICV-EUiA, CHA, de la Izquierda Plural, del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia y del Grupo Parlamentario Mixto, han interpuesto un Recurso de Inconstitucionalidad contra los artículos 19.2, 20.2, 36.2, 36.23, 37.1 en relación con el 30.3, 37.3, 37.7, y la disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, a fin de que sea declarada la disconformidad con la Constitución y, por tanto, la inconstitucionalidad de dichos preceptos, por vulneración de los artículos 9.3, 15, 23, 24.1 y 106 de la Constitución.

Los argumentos en que se basa el recurso y que también han sido apuntados en varios informes elaborados por un grupo de juristas con prestigio por su nivel en materias de ética social y de derecho constitucional, penal, internacional y administrativo, y que trabajan en varias universidades españolas ¹¹⁷ son los siguientes:

¹¹⁷ “Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley”. Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449). Fecha de publicación: 27 de junio de 2014.

1. En primer lugar se indica que sorprende el procedimiento seguido para reformar la Ley de extranjería: una enmienda al Proyecto de Ley de protección de la seguridad ciudadana ¹¹⁸. Este proceder, al margen de otras consideraciones, supone el uso abusivo del derecho de enmienda y elude el sometimiento a los dictámenes preceptivos .

Y así se señala en el recurso de inconstitucionalidad presentado “ *la absoluta falta de conexión con el de la norma que se incluye en la enmienda, desconexión que es evidente, pues la norma introducida no regula la actuación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en las fronteras españolas, sino que introduce un nuevo procedimiento administrativo por la vía de hecho de expulsión de extranjeros aplicable únicamente en las fronteras de Melilla y Ceuta. La falta de conexión es tan evidente que, tratándose en ambos casos –la norma reformada íntegramente por el proyecto de ley y la modificada por la enmienda– de dos leyes orgánicas, cada una de ellas encuentra su fundamento en dos preceptos constitucionales distintos, el artículo 149.1.29ª y el artículo 13 CE. Esta práctica, aunque se haya generalizado, no deja de constituir un fraude al procedimiento parlamentario de debate de los proyectos y proposiciones de*

“Rechazos en frontera: ¿Frontera sin derechos?”. Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449) Fecha de publicación: 13 de abril de 2015.

Ambos informes han sido elaborados por : MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA: Catedrática de Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid. JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS: Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos. JOSÉ LUIS SEGOVIA BERNABÉ: Profesor Titular de Ética Social de la Universidad Pontificia de Salamanca. JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS: Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Málaga. ELISA GARCÍA ESPAÑA: Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Málaga. ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG: Catedrático de Derecho Penal de la Complutense. Miembro del Consejo Editorial de ELMUNDO. JULIO GONZÁLEZ GARCÍA: Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense. ESTEBAN PÉREZ ALONSO: Catedrático de Penal de la Universidad de Granada. MERCEDES PÉREZ MANZANO: Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid. PABLO PÉREZ TREMPES: Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III. ELISA PÉREZ VERA: Profesora emérita de la UNED y experta en Derecho Internacional. MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ: Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz. FERNANDO REY MARTÍNEZ: Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid. JULIÁN RÍOS MARTÍN: Profesor de Derecho Penal de la Universidad Pontificia de Comillas. IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ: Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

¹¹⁸ El 21 de octubre de 2014, día en el que concluía en plazo para la presentación de enmiendas parciales al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, el Grupo parlamentario popular en el Congreso presentó un conjunto de enmiendas al articulado entre las que se encontraba la enmienda de adición de una nueva disposición final primera, a través de la cual se introducía una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los ciudadanos extranjeros en España y su integración social.

ley vulnerando, como tiene el derecho a participar en los asuntos públicos y a ejercer sin perturbaciones ni restricciones ilegítimas los cargos públicos (artículo 23.2 CE)”.

Y a este respecto, cabe citar las STC 119/2011, de 5 de julio y 136/2011, de 13 de septiembre, que insisten en el hecho de que toda enmienda parcial debe tener un carácter subsidiario o incidental respecto del texto a enmendar y *“con ello se evita que a través del procedimiento parlamentario se transmute el objeto de las propuestas presentadas por quienes están así legitimados para ello, aprovechando el procedimiento legislativo activado para la introducción ex novo de materias ajenas al mismo. En consecuencia, no caben enmiendas al articulado ajenas a la materia de la iniciativa, esto es, que no guarden una conexión de homogeneidad mínima con la misma”*, por lo que no puede más que concluirse que no cabe la aprobación de enmiendas que pretendan introducir contenidos materialmente desconectados del objeto de la iniciativa legislativa, porque con ello se defrauda el proceso parlamentario.

2. La modificación de la LOEX a través del procedimiento de enmienda implica también eludir el trámite obligatorio de someter las iniciativas legislativas del Gobierno al dictamen de los órganos garantes de la observancia de nuestro ordenamiento jurídico, como puede ser en este caso el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Fiscal y el Consejo de Estado, y sustraer a la sociedad civil la posibilidad de tomar posición sobre la iniciativa y participar en un debate prelegislativo a través de sus representantes políticos, como manifestación de los ciudadanos en los asuntos públicos, por lo que esta reforma para ser ajustada a derecho tendría que haberse llevado a cabo a través de la tramitación de la correspondiente iniciativa legislativa del Gobierno.
3. Con esta reforma se ha introducido un nuevo procedimiento administrativo para proceder a la devolución de extranjeros que entran ilegalmente en España a través de Ceuta y Melilla, al margen de los procedimientos ya estudiados y previstos en la ley de extranjería (expulsión, devolución, salida obligatoria y el retorno o denegación de entrada), no sujeto a revisión judicial y privando con ello al extranjero de su derecho a la tutela judicial efectiva al no garantizarle el acceso a los tribunales en condiciones que aseguren el efectivo ejercicio de sus

derechos de defensa, como prescribe el artículo 24 CE., cuando el procedimiento a seguir en estos supuestos de pretensión de entrada ilegal en nuestro país o interceptación de los mismos en la frontera o sus inmediaciones deberá ser el procedimiento de devolución previsto en el art. 58.3 LOEX y 23.1.b) REX., sujeto a las garantías jurídicas previstas de forma específica para los procedimientos de extranjería fijados en el artículo 20.2 de la LOEX interpretados con relación al procedimiento de devolución por la STC 17/2013, de 31 de enero.

También debemos añadir que la citada disposición adicional décima de la LOEX tampoco regula un procedimiento administrativo específico de ejecución de un acto administrativo, sino que supone una actuación de hecho que se lleva a efecto prescindiendo de manera plena del procedimiento establecido (STS de 8 de junio de 1993; STS 22 de septiembre de 2003, entre otras), y así, indica el citado recurso de inconstitucionalidad *“la Disposición Adicional Décima establece una habilitación a la Administración, a través de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, para ejecutar rechazos en frontera sin procedimiento alguno, es decir, faculta para la realización de una actuación material por la vía de hecho. Y esta habilitación legal de actuaciones administrativas por la vía de hecho se opone frontalmente al precepto 105.c) CE”*.

De lo que se desprende que esta nueva y especial regulación para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla tiene por objeto introducir un nuevo procedimiento en la ley de extranjería, que el gobierno ha venido defendiendo como “rechazo en frontera de personas que no han logrado alcanzar el territorio español”, que excepciona la aplicación del proceso de devolución y pretende justificar una actuación de hecho de la Guardia Civil que desde años se está llevando a la práctica en el sur de nuestro país, para lo cual aplica un concepto operativo de frontera diferente del concepto jurídico de la misma, a través del cual esta quedaría fijada en el lugar donde se encontraran los agentes de la Guardia Civil, y ello en un intento de legalizar lo ilegalizable, en contra no sólo de la Constitución Española, y del derecho comunitario, sino también del derecho internacional de los derechos y de las directivas de asilo y retorno, en tanto que no se puede olvidar que los estados europeos están obligados a garantizar que las personas presentes en su territorio puedan acceder a un procedimiento de asilo con todas

las garantías y a que toda expulsión, devolución o retorno debe llevarse a cabo a través de un procedimiento en el que se respeten los derechos humanos de todo extranjero, estando prohibidas las expulsiones colectivas.

Por lo que no podemos más que concluirse que “ esta vía de hecho” excepciona el procedimiento reglado de devolución regulado en la LOEX y priva a los extranjeros de sus derechos a un procedimiento contradictorio, a ser oído, a ser asistido de abogado e intérprete y a impugnar y en su caso recurrir la decisión administrativa (artículo 24 CE), y ampara actuaciones arbitrarias de la administración al resultar imposible su sometimiento a control judicial (artículo 106) y poniendo en riesgo cierto y real los derechos a la vida y a la integridad física y moral de los así devueltos, tanto por la circunstancia de que la propia vía de hecho supone un trato degradante como ha declarado el propio TEDH, cuanto porque su reposición al lugar de entrada fuera del territorio del Estado se hace sin dar la oportunidad de exponer aquellas razones que puedan justificar su presencia en el territorio español”.

En definitiva nos encontramos que al amparo de esta reforma, a través de una simple vía de hecho y al margen de cualquier procedimiento, sin singularizar el acto administrativo que se está ejecutando, sin identificar a la persona sobre la que recae el mismo, sin darle audiencia, sin asistencia letrada, ni intérprete, sin posibilidad alguna de control judicial de esta actuación, se posibilita que se entregue a ciudadanos extranjeros que pretenden acceder a nuestro país a través por puestos fronterizos no habilitados al efecto de Ceuta y Melilla, a las fuerzas de seguridad de un país extranjero, sin ponderar los riesgos de que no cumplan con los estándares internacionales del trato debido a las personas que se ponen bajo su custodia, sin tener en cuenta que toda la normativa en materia de extranjería debe estar revestida de todas las garantías, incluyendo el imprescindible control judicial y el trato digno de todos los extranjeros, porque un Estado de derecho tiene la obligación de constituirse en garante de los derechos de y libertades de todas las personas, incluidas aquellas más desfavorecidas y más vulnerables, como son los extranjeros que tras haber superado unas duras condiciones y haberse visto sometidos en muchos casos a la explotación de mafias y de personas sin escrúpulos, llegan a nuestro país con la esperanza de ser acogidos .

CAPITULO TERCERO. LA EXPULSION JUDICIAL

I. LA EXPULSION JUDICIAL COMO FORMA DE ENERVACION DE LA ACCION PENAL. (L.O. 4/2000, art. 57.7)

I.1. Elementos.

La expulsión gubernativa durante la tramitación de un procedimiento judicial penal, se halla prevista en los arts. 57.7 LOEX para los supuestos en que el extranjero haya sido procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a 6 años o de distinta naturaleza.

En este supuesto, la ley autoriza al juez o tribunal a suspender discrecionalmente el ejercicio de la potestad jurisdiccional en su faceta de juzgar el hecho inculcado, renunciar al proceso y admitir como solución alternativa a su conclusión, la sustitución del mismo por una medida administrativa de expulsión.

Y así, establece el art. 57.7, a) de la L.O. 4/2000 que *“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 estos supuestos la expulsión se llevara a cabo una vez cumplida la pena de privación de libertad (art. 57.8)”.

De lo expuesto se concluye que la aplicación de este supuesto exige la concurrencia de diferentes elementos:

a) Que la expulsión, al igual que en los supuestos examinados anteriormente, está prevista para todo tipo de extranjeros, con independencia de que su situación jurídica sea regular o irregular en España, de tal manera que lo que fundamenta la expulsión no es la situación de ilegalidad en cuanto a su residencia, sino la comisión de un delito o falta, sea cual sea la pena con la que se encuentren conminados a condición de que no sea una pena superior a seis años, y ello a diferencia de lo previsto en los supuestos contemplados en el Código Penal con anterioridad a la reforma de 2015 como se vera, en la que se preveía sólo la expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España, sin que en ningún caso pueda aplicarse esta medida a los extranjeros que se encuentren en los supuestos del art. 57.5 y 6 LOEX., los cuales hacen referencia a aquellos extranjeros que tengan un cierto arraigo en nuestro país, se conculque con dicha medida el principio de no devolución, o se refiera a mujeres embarazadas cuando la misma pudiera afectar a la salud de la madre o a la gestación, razones estas últimas humanitarias que impiden la expulsión de las afectadas. Con la reforma del Código Penal operada por la L.O. 1/2015 se amplía la expulsión a todos los ciudadanos extranjeros, incluso a los ciudadanos de la Unión Europea, como se estudiará y no sólo a los que no residan legalmente en España, como establecía en anterior art. 89, si cometen un delito “menos grave” que conlleve una pena de prisión superior a un año.

b) Que el extranjero a diferencia de lo establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 57 de la L.O. 4/00, debe encontrarse 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, delitos estos que nunca deberán ser los delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal, por imperativo del propio artículo 57.7.c).

Para estos delitos, relacionados con el tráfico ilegal de mano de obra, prevé el apartado octavo de dicho artículo que la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena de libertad (art. 57.8 LOEX.), argumentándose que ello es para evitar que los implicados en mafias que favorezcan la inmigración ilegal puedan beneficiarse de la expulsión, como sustitutivo del enjuiciamiento y la pena, caso de ser detenidos, pues lo único que les pasaría sería que fueran expulsados, pudiendo volver a cometer nuevamente ese tipo de delitos sin ser juzgados.

En relación a los referidos tipos delictivos hay que señalar que el art. 89 C.P. con anterioridad a la reciente reforma de 2015, preveía que en ningún caso sería de aplicación la sustitución de la pena a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de los delitos a que se refieren los art. 312, 313 y 318 bis C.P. Con la reforma llevada a cabo por la Ley 2/15 se ha ampliado el elenco de estos delitos al contemplado en el art. 177 bis), por lo que si bien, no podrá acordarse la sustitución de la pena en estos supuestos, una vez el extranjero, residente o no haya cumplido la pena privativa de libertad , se procederá a su expulsión del territorio nacional, pero como es de ver, sólo en los supuestos de los delitos de los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal según establece la LOEX, no en el resto de supuestos que contempla el art. 312, 313, ni en el caso del delito previsto en el art. 177 bis).

Al establecerse que el extranjero se encuentre procesado o imputado en un delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o bien penas de cualquier otra naturaleza distintas a la de privación de libertad, se posibilita que la expulsión sea aplicable a delitos o faltas castigados únicamente con penas de multa o privación de derechos, posibilidad esta que se introdujo a raíz de la reforma del art. 57.7 llevada a cabo por la L.O. 11/2003, y que era la considerada por la Circular FGE 3/2001, de 21 de diciembre, pues con anterioridad a esta reforma sólo se podía proceder a la expulsión cuando se tratase de delitos o faltas conminados con penas privativas de libertad de hasta seis años, indicando la referida circular que *“era ilógica la renuncia al ejercicio del ius puniendi en relación con delitos castigados condena privativa de libertad*

y prohibirla en relación a delitos de menor contenido de injusto y menos precisados de respuesta penal”.

El procedimiento a que se refiere será fundamentalmente el de diligencias previas del procedimiento abreviado, quedando a priori excluido el sumario ordinario el cual se tramita para delitos cuyas penas son superiores a los nueve 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 de imposible comisión por extranjeros, como por ejemplo los delitos cometidos por funcionarios públicos. También es posible que el procedimiento penal existente sea por falta, pero dado que las faltas han sido suprimidas con la reciente reforma del Código penal, habrá de concluir que la referencia a las mismas ha de entenderse ahora hecha a los delitos menos leves? Consideramos que si, atendiendo al tenor de la reforma donde se expresa que toda referencia o indicación a las faltas ha de entenderse ahora hecha a los delitos leves.

En cuanto al término imputado o procesado, este habrá de entenderse, como así lo indica la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001, con toda la flexibilidad que le es propia, de modo que tan pronto se concrete la inculpación en fase de Diligencias Previas, mediante la citación del extranjero ante el juez de instrucción a declarar en calidad e imputado, quedará expedita la vía para autorizar judicialmente la expulsión gubernativa.

En este sentido, ya el primer Reglamento de ejecución de la actual Ley de Extranjería, aprobado por R.D. 864/01, de 20 de julio, en su artículo 100.2, preveía en cuanto a los extranjeros inculcados en procedimientos por delitos que *“si el extranjero contra el que se hubiese adoptado resolución que acuerde su expulsión del territorio nacional se encontrase inculcado en proceso penal, por un delito castigado con penas privativas de libertad inferiores a 6 años, una vez que haya sido oído en declaración como tal, el Ministerio Fiscal interesará con carácter general, ponderando todas las circunstancias concurrentes, y en especial la satisfacción de los intereses generales, la autorización de la expulsión del territorio español de dicho extranjero. La autoridad judicial podrá autorizar su expulsión la que se ejecutará conforme el procedimiento administrativo que se hubiese seguido”.*

Por su lado, la Circular 1/1994 ya mencionaba que la condición de imputado o inculcado se adquiriría desde el mismo momento en que el Juez de Instrucción ponía en su conocimiento el hecho punible objeto de las diligencias previas y le ilustraba de sus derechos, lo cual había de tener lugar en la primera comparecencia prevista en el art. 789.4 LECRIM. Desde ese momento, por tanto, ya se tiene conocimiento de cuál es el delito que se le imputa al extranjero en cuestión y es posible autorizar su expulsión, si así lo interesa del Juez de Instrucción la autoridad gubernativa competente.

c) Que en un procedimiento administrativo se haya acordado la expulsión. A este respecto debemos señalar que el procedimiento administrativo incoado deberá serlo por motivo distinto de la causa penal, es decir, por haber incurrido el extranjero en una infracción administrativa, es decir, por la concurrencia de alguno de los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 del art. 57 LOEX, pues si no es así existiría prejudicialidad penal, lo que obligaría a suspender el procedimiento administrativo¹¹⁹, pero también hay algunos autores ¹²⁰ que mantienen la opinión de que no tiene porque haber una previa infracción administrativa, por lo que si bien el precepto exige que se tramite el oportuno expediente administrativo, dado que no existe aquí infracción , no ha de tratarse de un expediente sancionador en sentido propio, sino de un procedimiento encaminado a constatar la concurrencia del presupuesto al que se anuda como consecuencia la expulsión, esto es, la existencia del referido procesamiento o imputación del extranjero en un procedimiento penal.

Opinión esta con la que no estamos de acuerdo, debiendo concluirse que este supuesto debe presuponer la comisión de alguna de las infracciones de la LOEX estudiadas que lleven aparejada como consecuencia la expulsión, es decir, la comisión de una infracción muy grave (art. 54), de una infracción grave de las previstas en el art. 53.1.a), b),c),d) y f) , o bien estar incurrido en la causa prevista en el art. 57.2 LOEX., encontrándose la especialidad de este caso en que el extranjero ha sido sancionado con la expulsión por la infracción

¹¹⁹ MELON MUÑOZ, A. Ob. Cit.

¹²⁰ CALVO ROJAS E. Ob. Cit.

administrativa cometida, y además se encuentra procesado o imputado en un procedimiento penal, por delito o falta, castigado con penas privativas de libertad inferiores a seis años, o con una pena de distinta naturaleza, lo que le obliga a la Administración a obtener la correspondiente autorización judicial para poder ejecutar dicha sanción, de lo que se desprende la naturaleza administrativa de este tipo de expulsión.

Por otro lado debemos indicar que en todo caso (SSTS, 3.^a, de 29 de noviembre y 21 de diciembre de 2004, recursos de casación 4215 y 6018 de 2001, y de 1 y 2 de marzo de 2005, recursos de casación 5495 y 5235 de 2001) el ámbito de aplicación de la norma aquí examinada no puede extenderse al supuesto de la calificación de unos hechos que están siendo enjuiciados por la jurisdicción penal, y aunque la Administración pueda solicitar autorización judicial para la expulsión de un extranjero encartado en un procedimiento penal, la causa de la expulsión habrá de ser distinta a la realización de esos hechos por los que se sigue la causa penal, puesto que, en caso contrario, la Administración no podría pronunciarse sobre ellos sin que antes lo hubiera hecho la jurisdicción penal. Ello es así porque, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional desde su sentencia del 30 de enero de 1981, el principio *non bis in idem* conduce a la conclusión de que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos y en cada uno de ellos se produce la calificación de los mismos hechos, aunque resulte posible dicho enjuiciamiento y calificación por separado si resultan de normativas diferentes, no cabe tal dualidad en la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, quedando así subordinada la Administración a la actuación jurisdiccional, lo que impide que aquella pueda pronunciarse antes de que lo hubiera hecho esta y declarar probados unos hechos que pudieran entrar en contradicción con los determinados posteriormente por la jurisdicción.

En definitiva, la expulsión deberá ser acordada por la Administración mediante el correspondiente acto administrativo sancionador, previa tramitación del correspondiente expediente, por razón de concurrencia de alguno de los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 del art. 57 LOEX.

d) Y por último será necesario que en el expediente administrativo conste la imputación del imputado, por ejemplo a través de un testimonio de las diligencias penales.

I.2. Naturaleza jurídica.

La L.O. 4/2000 deja claro en este supuesto que el Juez de instrucción o el Juez de lo Penal (según la fase en la que se encuentre el procedimiento) “autoriza”, previa audiencia del Ministerio Fiscal, pero no “acuerda” la expulsión del extranjero, todo ello previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo, por lo tanto la autoridad gubernativa solicitará del juez la autorización para la expulsión del extranjero, debiendo este resolver, previo informe del Ministerio Público en el plazo más breve, y en todo caso en un plazo no superior a tres días, pudiendo denegar la expulsión cuando concurren circunstancias que justifiquen tal respuesta.

Así, es el juez de instrucción el que vela *prima face* por los derechos del extranjero revisando, aunque sea de una manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención, pero es el Tribunal Contencioso Administrativo el que tiene el pleno control de la legalidad de la medida de expulsión, de lo que se desprende que en el orden jurisdiccional penal no puede enjuiciarse la procedencia de la decisión legalmente adoptada de expulsión, ya que el juez no debe entrar 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, pues este análisis y el posterior enjuiciamiento de esos factores encontrará su sede natural en el propio procedimiento administrativo, y eventualmente en la jurisdicción contencioso administrativa, dado que el juez de instrucción, ni expulsa, ni controla la legalidad de la expulsión, sino que la función del mismo es la de actuar como garante de los derechos de los extranjeros sometidos a una sanción administrativa de expulsión, con la finalidad de velar por la legalidad de la decisión administrativa y a salvo de su control definitivo en recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Y así no es el Juez quien expulsa, sino que tan solo concede la autorización a la autoridad gubernativa para que expulsa, de forma que la actuación judicial no tiende a garantizar el derecho del extranjero, sino tan solo a posibilitar la ejecución de la

expulsión¹²¹, renunciando con ello al ejercicio del *ius puniendi*, mediante la renuncia a la continuación del procedimiento penal y a la potestad jurisdiccional que le es propia, de juzgar y ejecutar lo juzgado, y que le atribuye el art. 117 de la Constitución Española, sustituyendo en ese tipo de procedimiento penal por delitos menos graves (los castigados con penas inferiores a seis años de prisión) la tramitación del mismo hasta su conclusión, por la autorización de expulsión, habilitando a la autoridad gubernativa para decretar dicha expulsión, renuncia al proceso penal que no está basada en razones político criminales de conveniencia o no necesidad de la intervención penal, sino única y exclusivamente en razones de política de extranjería, como así lo expresa el ATS de 24 de mayo de 2004, al indicar que “*el Estado, entre la renuncia al ius puniendi y la materialización de la legislación de extranjería, se ha inclinado por esta última*”¹²².

De lo que concluye la Sentencia 24/2000 de 31 de enero del Tribunal Constitucional, en relación a la naturaleza jurídica, de este "sustitutivo procesal", que el mismo presenta las características y naturaleza propia de una sanción administrativa, no de una pena, donde la autorización judicial resulta ser un requisito necesario para que pueda llevarse a cabo por la Administración la expulsión, negando que el extranjero ostente derecho alguno a que, en lugar del expediente de expulsión, se siga el procedimiento judicial hasta su culminación. Expresa la citada sentencia que el papel que el Juez Penal desempeña en el procedimiento seguido para la adopción de tal medida sancionadora es, en cierto modo, análogo al del Juez que conoce en sede de *Habeas Corpus* de la situación del extranjero detenido que va a ser expulsado. De modo que el control de legalidad sobre el acto administrativo de expulsión corresponde exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que el Juez Penal que autoriza la expulsión se limita, sin entrar en el fondo de la resolución, a comprobar si ha sido dictada por órgano competente, con las formalidades legales y en los supuestos autorizados por la ley.

¹²¹ RODRIGUEZ CANDELA, J.L. “Las expulsiones con intervención judicial en la Ley de Extranjería”. *Cuadernos jurídicos*, nº 28, 1995.

¹²² TORRES FERNANDEZ, M^a.E. Ob. Cit.

De todas formas, también puede el juez denegar la ejecutividad de la expulsión administrativa, si aprecia circunstancias que justifiquen dicha denegación por afectar al proceso penal, y en todo caso por razones propias de ese proceso.

I.3. Legitimación para solicitar la expulsión. Juez competente para acordarla.

Corresponde la legitimación para solicitar la expulsión, en principio, a la Administración, lo que se verificará a través de la correspondiente Brigada de Extranjería de la Policía Nacional, si bien el criterio de la Fiscalía General del Estado, sostenido en su Circular 1/1994 y en la Instrucción 4/2001, es considerar también al Ministerio Fiscal legitimado para instar la expulsión.

Respecto al juez competente, este será el Juez de Instrucción si las diligencias se encuentran en fase de instrucción, o el Juez de lo Penal, si este ya ha recibido las diligencias para su enjuiciamiento, lo que estará en función del trámite del procedimiento en que se solicite y de la naturaleza y gravedad de la infracción penal de que se trate.

I.4. Extranjero sujeto a varios procesos. Principio *non bis in idem*.

En cuanto al expediente administrativo, este ha de haber agotado su tramitación y estar concluido, debiendo haber recaído la sanción de expulsión, sin que sea óbice para conceder la autorización, que el referido acto administrativo haya sido recurrido.

En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diferentes juzgados, y consten estos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad administrativa deberá instar de todos ellos la correspondiente autorización para la expulsión del extranjero.

Pero 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. La denegación de la autorización de la expulsión por uno de los órganos judiciales en el que el extranjero tenga una causa pendiente, paralizará la expulsión respecto de los otros que si la autorizaron, lo que debería ser comunicado por la autoridad Administrativa a todos los órganos judiciales implicados, siendo incluso conveniente, para que así le quede constancia al juez, que en el auto en el que se

autoriza la expulsión se establezca la obligación dirigida a la autoridad administrativa policial de comunicar el resultado de la expulsión al juzgado a los efectos de continuar, en su caso, con el procedimiento penal para el supuesto de que no llegara a verificarse la expulsión administrativa acordada.

En relación al límite de la pena a imponer cuando se siguen varias causas contra el mismo extranjero, indican las Circulares de la Fiscalía General 1/1994 y 3/2001, que cabrá la autorización judicial si cada una de las causas respeta el límite penológico establecido en el artículo 57.7 LOEX, aunque la suma de las penas a imponer por la totalidad de las causas pudiera superar el mismo.

También debe indicarse, como ya apuntábamos, que no cabría autorizar la expulsión cuando esta se fundamente en los mismos hechos que han dado lugar al procedimiento penal y que por tanto se encuentran *sub índice*, pues de otra manera se vulneraría el principio de presunción de inocencia y el *non bis in idem* en su dimensión formal (STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso, Secc. 1ª, de 24 de septiembre de 1999 y de 26 de mayo de 2000).

En este sentido la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en sus sentencias de 29 de noviembre y 21 de diciembre de 2004 y 2 de marzo y 29 de abril de 2005, afirmó que *“la Administración puede solicitar del Juez... la autorización de expulsión de un extranjero encartado en un procedimiento... siempre que se aplique una causa de expulsión distinta de la realización de esos hechos por los que se sigue causa penal, puesto que en caso contrario ... la Administración no puede pronunciarse sobre ellos sin que antes lo haya hecho la jurisdicción penal”*, y como en la práctica es frecuente que unos mismos hechos presenten indicios de una infracción administrativa y a la vez de un delito y se aperturen sendos procedimientos, uno administrativo y otro penal, deberá la Administración comunicar al Ministerio Fiscal la existencia de los hechos que pudieran ser constitutivos de delito y suspender la tramitación del expediente administrativo, hasta que recaiga resolución judicial, cuando estime que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal¹²³.

¹²³ Art. 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (B.O.E. 9.8.93)

I.5. Momento preclusivo.

En cuanto al momento preclusivo para solicitar la autorización de la expulsión, aunque la doctrina¹²⁴ sitúa este momento cuando el juez adopta la decisión de abrir juicio oral, pues firme esta resolución el proceso penal resultaría indisponible para el juez penal, consideramos que deberá entenderse que puede instarse la misma hasta el inicio de la celebración de las sesiones del juicio oral, pues a partir de ese momento el juicio oral deberá continuar y culminar en sentencia, no siendo procedente conceder la autorización, siendo este también el criterio adoptado en la Circular FGE 3/2001. No obstante, si por cualquier motivo legal se acordara la suspensión de las sesiones del juicio oral, con pérdida de validez de lo actuado, sería admisible autorizar la expulsión interesada vía administrativa.

Si a resultas del juicio el extranjero es condenado en sentencia firme, pasa a ser penado, no siendo entonces posible su expulsión por la vía del artículo 57.7 LOEX, por lo que habrá de aplicar, en su caso, la expulsión sustitutiva a través del artículo 89 C.P. Si por el contrario resulta absuelto, no cabrá lógicamente la expulsión sustitutiva, ni tampoco procederá autorizar la expulsión acordada en vía administrativa, la cual podrá llevarse a cabo, no obstante y si concurren los requisitos legales sin intervención de la jurisdicción penal.

Incluso hay autores que consideran que sería posible la autorización de la expulsión del extranjero incluso si la sentencia es recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial o en casación ante el Tribunal Supremo, siendo competente entonces para la autorización, el tribunal que este conociendo del recurso¹²⁵, postura esta que no está exenta de críticas, pues estando la sentencia pendiente de firmeza, o una vez alcanzada esta, el extranjero ha perdido ya la condición de procesado o imputado que señala el

¹²⁴ ALMEIDA HERRERO, C. “Pena de prisión y extranjería: algunas especificaciones legislativas”. *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº 16, 2009.

TORRES FERNANDEZ, M^a E. Ob. Cit.

¹²⁵ PALOMO DEL ARCO, A. “La expulsión de extranjeros en el proceso penal”. *El extranjero en el Derecho español sustantivo y procesal. (Adaptado a la Nueva Ley de Orgánica 4/2000)*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

precepto, para tener la condición de condenado, que se encuentra pendiente de la ejecutividad de la sentencia, condicionada a la resolución del recurso, por lo que confirmada esta, entendemos que se deberá proceder a su cumplimiento y en el caso de no ser confirmada, y siendo absuelto el extranjero, la expulsión acordada en vía administrativa deberá llevarse a cabo conforme a los trámites ya estudiados y previstos en la legislación administrativa para los supuestos de los artículos 57.1 y 57.2 LOEX. Incluso se ha apuntado que una vez firme la sentencia y en fase de ejecución, podría llevarse a cabo esta expulsión gubernativa en el caso de que la pena impuesta estuviera suspendida¹²⁶.

En el supuesto de que el procedimiento penal hubiera concluido por sobreseimiento hay que hacer las siguientes distinciones:

- a) si el procedimiento hubiera concluido por sobreseimiento libre, no procedería otorgar autorización alguna por no ser necesaria la misma al no existir proceso penal pendiente;
- b) si el procedimiento penal hubiera concluido por estar el imputado en paradero desconocido, sería procedente otorgar la autorización, pues dicha solicitud supondría que el mismo había sido hallado;
- c) si el procedimiento penal estuviere sobreseído provisionalmente por no estar acreditados los hechos, como indica la citada CFGE 3/2006, habrá de distinguirse dos supuestos: si la causa se sigue por hechos que tienen asignada pena inferior a seis años será procedente la autorización para la expulsión; si por el contrario los hechos por los que se sigue la causa tiene asignada pena privativa de libertad igual o superior a seis años, habrá de valorarse el caso concreto, debiendo estarse a los óbices procesales que fundamentaron el sobreseimiento, si estos pueden superarse y puede llegar a enjuiciarse los hechos, será procedente la autorización para la expulsión, en caso contrario, no lo será.

I.6. Audiencia al extranjero. Intervención del Ministerio Fiscal.

¹²⁶ GARCIA ESTEBAN, M.D. “Expulsión de extranjeros en el Código Penal”. Revista Penal nº 35. Enero 2015.

En cuanto a la audiencia al extranjero, dispone el propio artículo 57.7 LOEX que el juez autorizara en el plazo más breve posible, y en todo caso no superior a tres días, la expulsión del extranjero, previa audiencia del Ministerio Fiscal, salvo que de forma motivada aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación, de lo que se desprende que la voluntad del legislador es la concesión obligatoria de dicha autorización, pues la opción por la denegación de la misma y la consiguiente continuación con la tramitación de la causa penal se configura como una excepción, al primarse expresamente la expulsión, al indicar el precitado precepto “ *salvo que de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación*”, sin que dicho precepto prevea la audiencia al interesado.

Lo que enlaza con el criterio que sigue el Ministerio Fiscal en estos supuestos, pues tanto la Circular 1/1994 como la Instrucción 4/2001 y la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado, sostienen que el Fiscal debe manifestarse a favor de la expulsión, sin que ello signifique que se adopte automáticamente esa posición, pues deberán ponderarse los diferentes intereses en juego: el del Estado en expulsar o castigar al culpable, el del extranjero, atendiendo a sus intereses personales, y el del perjudicado. De manera que debe tomarse la decisión que mejor conjugue las exigencias de la justicia con las necesidades de una racional y prudente política de extranjería ¹²⁷.

Y así la citada Instrucción 4/2001, de 25 de julio, sobre la autorización judicial de la expulsión de extranjeros imputados en procedimientos penales, justificaba este precepto 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 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 para la comisión de delitos, y así a través de esta instrucción y de acuerdo con otras circulares que ya se habían dictado en materia de extranjería, se instaba a los fiscales a que informaran positivamente las expulsiones y promoviesen de forma activa el acuerdo de las mismas.

¹²⁷ ALTÉS MARTÍ, M. A., en *El extranjero presunto autor de infracciones penales: la expulsión de imputados. Procedimiento y cuestiones que plantea*, Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal, IV-2002, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.

Por otro lado también hay que tener en cuenta que la expulsión puede tener un claro efecto criminógeno para aquellos extranjeros que pretendan volver a su país y no tengan medios económicos para ello: la salida más factible para ellos sería cometer un delito, por ejemplo contra el patrimonio, y así ser expulsado sin ningún coste económico para ellos.

De todas formas, la Circular de 2007, señalaba que se ordenaba a los fiscales prestar particular atención a los intereses de las víctimas, cuando se hubieren producido perjuicios materiales importantes y el imputado pareciera solvente, así como a la relevancia que de la declaración del extranjero imputado se pueda obtener para el esclarecimiento de las responsabilidades de otros imputados, y ello a los efectos de no informar favorablemente en estos casos.

No obstante, consideramos que el hecho de que la LOEX no haga referencia a la audiencia preceptiva del extranjero, no es óbice para que no se le escuche con carácter previo a la resolución judicial, pues lo contrario conculcaría sus más elementales derechos, y así establece el art. 247 del Reglamento de Extranjería (aprobado por Real Decreto 557/2011 de 20 de abril) la previa audiencia del interesado y de las demás partes personadas.

I.7. Resolución judicial. Efectos.

La resolución a adoptar por el juez para autorizar la expulsión, revestirá la forma de auto, que ha de estar en todo caso y necesariamente motivado, pues de una primera lectura del precepto parece desprenderse que sólo se ha de motivar la resolución en caso de ser denegatoria a la autorización, lo que no puede concluirse, pues esta interpretación no sería conforme con la establecida por la totalidad de la jurisprudencia relativa a la ponderación de los intereses del Estado y los derechos fundamentales de los extranjeros, y al derecho de todos los ciudadanos de obtener del juez una resolución motivada a fin de articular contra la misma los correspondientes recursos y medios de impugnación y obtener así la tutela judicial efectiva.

Contra este auto cabrá recurso de reforma y queja y determinará, en caso de producirse la expulsión, el archivo provisional de la causa hasta que prescriba el delito, pues respecto a los efectos de la autorización judicial para la expulsión del extranjero en relación con la causa penal que contra el mismo se sigue, hay que indicar que lo

correcto será proceder al archivo provisional de la misma, no acordándose el archivo definitivo hasta en tanto no prescriba la infracción penal, y ello en virtud de lo dispuesto en el art. 641.2º LECRIM, por no existir motivos suficientes para acusar (art. 779.1 LECRIM).

Si la expulsión no llega a materializarse habrá de continuarse con el procedimiento penal, y en el caso de que el extranjero expulsado regresara al territorio nacional antes de transcurrido el plazo de prohibición fijado en la resolución administrativa, no se procedería en un primer momento a la reapertura del proceso penal, sino a la devolución del mismo por la autoridad administrativa (art. 58 LOEX), y sólo en el caso de que esta no pudiera llevarse a efecto podría alzarse el archivo provisional acordado en la causa penal.

Pero en el caso de que el extranjero vuelva después de haber transcurrido el periodo de prohibición de entrada en nuestro país establecido en la resolución de expulsión, aunque el delito no hubiera prescrito, no sería posible la reanudación del proceso penal, pues habría resultado cumplida una de las condiciones que permitían el archivo definitivo de la causa.

II.LA EXPULSIÓN JUDICIAL COMO SUSTITUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD IMPUESTA. (art. 89 C.P.)

II.1. Introducción. Antecedentes históricos y reformas del art. 89 C.P.

Como ya se expuso, el Código Penal de 1995¹²⁸ -sin precedente en el Código Penal derogado de 1973- introdujo en su originario articulado una figura extraña que hasta entonces no había sido recogida en ningún otro código: la expulsión del territorio nacional de los extranjeros que no fuesen residentes legales en nuestro país y que hubiesen cometido un delito o falta tipificados con pena privativa de libertad. Previsión extraordinaria de sustitución para extranjeros no residentes legalmente en España que, como se verá, ha sido objeto de severas críticas doctrinales por responder quizás *"más a*

¹²⁸ B.O.E.24.11.95. Que entró en vigor en fecha 24 de mayo de 1996.

los movimientos nacionalistas que recorren la Europa de nuestros días que a las necesidades preventivo especiales del condenado" ¹²⁹.

Semejante medida se contemplaba -y se sigue contemplando- en el artículo 89 CP, que recientemente ha sido reformado por la Ley Orgánica 1/2015 (que amplía la expulsión a cualquier ciudadano extranjero, con o sin residencia legal en España), y que con anterioridad había objeto de reforma por las Leyes Orgánicas 5/2010, 11/2003 y 8/2000.

De lo que se desprende que el citado artículo a lo largo de su vigencia ha sido objeto de diferentes modificaciones, hasta un total de cinco. La redacción originaria estuvo en vigor desde el 24 de junio de 1996 hasta el 22 de enero de 2001, por cuanto la primera reforma del citado precepto fue introducida por la L.O. 8/2000, de 23 de diciembre, la cual estuvo en vigor desde el 23 de enero de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2003. La L.O. 11/2003, de 30 de septiembre volvió a modificar el artículo 89, modificación que permaneció en vigor desde el 1 de octubre de 2003 hasta el 23 de diciembre de 2010, siendo modificado nuevamente por la L.O. 5/2010 de 22 de junio, en vigor a partir del 24 de diciembre de 2010 hasta el 1 de julio de 2015, en que ha entrado en vigor la reforma del Código Penal dada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, lo que revela con qué facilidad y vértigo legislativo ha sido objeto de reforma el precepto, en perjuicio de la más elemental seguridad jurídica.

La redacción del citado artículo dada por la LO 5/10, de 22 de junio, vigente hasta hace unos pocos meses, estableció como forma de sustitución, en las penas inferiores a 6 años de prisión impuestas a extranjeros no residentes legales, la expulsión de los mismos del territorio nacional, con prohibición de entrada por un plazo máximo de 5 a 10 años, expulsión que se había de acordar en la propia sentencia o en un auto posterior.

Por consiguiente, respecto de las penas superiores a 6 años la expulsión sólo se podía acordar una vez el penado accediera al tercer grado penitenciario o se entendieran cumplidas las tres cuartas partes de la condena, debiendo tenerse en cuenta las circunstancias personales del autor, o la naturaleza del hecho para acordar su cumplimiento en España.

¹²⁹ MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed. Civitas. Madrid, 1996.

Y así establecía el citado art. 89 que “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 aprecien 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”.

Como se desprende del transcrito precepto, con anterioridad a la actual reforma del Código Penal de 2015 - y según redacción dada por la L.O. 5/2010- la expulsión del territorio nacional del extranjero delincuente y sin residencia legal se contemplaba como una medida sustitutiva de las penas privativas de libertad inferiores a 6 años y, también, como una forma de libertad condicional *sui generis* sustitutiva de parte de la pena, para el caso de las penas privativas de libertad iguales o superiores a 6 años. Tan sólo existía una prohibición expresa de expulsión, la recogida en el artículo 89.7, esto es, cuando el extranjero hubiere cometido alguno de los delitos tipificados en los artículos 312, 313 y 318 bis del Código Penal.

Dicho esto puede afirmarse, que la expulsión del extranjero delincuente es una figura extraña en el ordenamiento penal español, y ello porque en nuestra historia más reciente ningún Código Penal la contemplaba, hasta que fue originariamente introducida por el CP de 1995. Es más, esta figura no encuentra ningún tipo de parangón con su antecedente más inmediato, el Código Penal de 1973, pues este en ninguna parte de su articulado establecía la expulsión del extranjero, ni como una pena, ni como una medida sustitutiva de las penas privativas de libertad.

La única figura asimilable o parecida que se recogía en el referido Código Penal de 1973, pero que en realidad era totalmente distinta, era la constituida por la pena de extrañamiento, pero ésta pena tenía un carácter ciertamente residual, por no decir decorativo u ornamental. El extrañamiento tenía el carácter o la naturaleza de una pena autónoma - no se trataba de una medida sustitutiva de las penas privativas de libertad- y consistía en la expulsión del territorio nacional durante el tiempo de la condena, tiempo que podía oscilar entre 12 años y un día y 20 años.

Y era aplicable tanto a extranjeros como a nacionales, pero lo más importante es que sólo se encontraba prevista para la comisión de un único delito, el contenido en el artículo 149 CP 1973, cuya conducta consistía en *“la invasión violenta o intimidatoria del Palacio de las Cortes, si estuvieran reunidas”*. Fuera de este precepto, ningún otro preveía tal pena.

Por lo que para encontrar un antecedente legislativo de la introducción de una figura similar a la expulsión de los extranjeros delincuentes en alguno de nuestros Códigos Penales, nos tenemos que remontar al Código Penal de 1928; Código que, como se sabe, se insertaba en una etapa histórica y política - la dictadura de Primo de Rivera- que hizo que aquél texto legislativo tuviese unos marcados rasgos defensistas. Y es precisamente en los artículos 99 y 130 del referido Código dónde, por primera vez en nuestra historia, aparece la institución de la expulsión de los extranjeros como consecuencia de la comisión de delitos.

Pero no vamos ahora a detenernos en un examen pormenorizado de estos preceptos, pues ya lo hicimos en el capítulo I de este trabajo, referido a la Evolución legislativa, pero sí será conveniente hacer mención a un extremo que resulta ciertamente paradójico , y este es el hecho de que los posteriores Códigos Penales -concretamente el Código republicano de 1932 y, especialmente, el totalitario de 1944 que dio lugar al texto refundido de 1973- no recogieran entre sus previsiones la figura de la expulsión del extranjero y, singular o paradójicamente, esa figura sí fuese recogida por el que se denominaba como *“Código Penal de la democracia”*.

Y si bien es cierto que en la época en que se promulgaron los dos Códigos anteriores al actual -1932 y 1944/1973- los flujos migratorios de entrada en nuestro país no eran tan intensos y notorios como lo son en la actualidad y quizás por ello el legislador no consideró oportuno ni necesario realizar esas previsiones en torno a los extranjeros delincuentes, también es cierto y entendemos que un Código Penal - y más un Código Penal democrático- nunca debe ser utilizado como un instrumento de política migratoria, que es en realidad lo que parece desprenderse de las previsiones que, en relación con la expulsión de los extranjeros, realizaba originariamente el Código Penal de 1995; idea que se corrobora tras las sucesivas reformas que se han ocupado de la cuestión -especialmente las operadas a través de la Ley Orgánica 11/2003 y de la Ley Orgánica 5/2010-.

Pero volviendo a los antecedentes legislativos de la figura de la expulsión penal, es necesario hacer notar cómo, entre el Código Penal de 1928 y el Código Penal de 1995, todavía es posible encontrar en nuestro Ordenamiento algunas figuras similares no contenidas en una norma de carácter penal.

Nos referimos al Decreto 522/1974, de 14 de febrero, sobre régimen de entrada, permanencia y salida del territorio nacional de extranjeros que, en sus artículos 29 y 30, preveía la expulsión del extranjero cuando hubiese sido condenado sólo por determinados delitos -actividades contrarias al orden público o a la seguridad del Estado- y además, únicamente cabía la expulsión tras haber comprobado la extinción de la responsabilidad penal; es decir, tras haber cumplido la condena y no como un sustitutivo de la pena tal y como ahora se prevé en el artículo 89 CP; en definitiva, se trataba de una figura similar a la que se contiene en el actual artículo 57.2 de la LOEX, con la única diferencia, como vimos, de que este último precepto no discrimina entre los diferentes delitos contenidos en el Código Penal, con tal de que se trate de delitos dolosos y estén castigados con una pena privativa de libertad superior a un año.

Por otra parte, el precedente legislativo más cercano e inmediato al originario artículo 89 del Código Penal de 1995 se encontraba en el ordenamiento administrativo, aunque, a juicio de algunos, tuvo escasa aplicación práctica -quizás por encontrarse a extramuros del Código Penal- y ello, a pesar de que, desde la Fiscalía General del Estado, se instó a los Fiscales a solicitar de modo general la expulsión en todo procedimiento penal en que se encontrase incurso un extranjero *“salvo que la excepcionalidad de las circunstancias concurrentes sugieran lo contrario”*.

Dicho precedente se contemplaba en el artículo 21.2 párrafo segundo de la derogada Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España o Ley de Extranjería de 1985, previendo dicho precepto que *“si un extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta”*.

Por lo que se observa, el originario artículo 89 CP de 1995 no venía a ser más que una copia con matices de lo que se contenía en el precepto transcrito de la LOEX de 1985; una copia con matices porque, en realidad, el originario artículo 89 y concordantes del Código ampliaban considerablemente los supuestos objetivos en que se podía proceder a la expulsión, pues la expulsión ya no se limitaba a los casos de penas privativas de libertad, sino también a las medidas de seguridad privativas de libertad –art. 108 C.P.-, siendo aplicable al supuesto de penas privativas de libertad superiores a 6 años siempre y cuando se hubiesen cumplido las 3/4 partes de las mismas.

Respecto a las penas privativas de libertad inferiores a 6 años, también se ampliaban los supuestos objetivos, dado que si la LOEX de 1985 se refería a los delitos conminados en abstracto con penas inferiores a 6 años, el originario artículo 89 tenía en cuenta la pena concretamente impuesta, con independencia de que se tratase de un delito menos grave o de un delito grave y, en consecuencia, era posible acceder a la expulsión aunque el sujeto fuese condenado por un delito grave -conminado en abstracto con una pena muy superior a 6 años- si la pena concretamente impuesta era inferior a 6 años.

De la misma forma, el originario artículo 89 eliminaba una exigencia que se contenía en la LOEX 1985, la satisfacción de las responsabilidades civiles dimanantes del delito, responsabilidades civiles que, en una gran mayoría de casos, no podían ser satisfechas por los extranjeros delincuentes y en consecuencia en muchos casos, imposibilitaba, o cuando menos retrasaba la expulsión.

En definitiva, con la originaria introducción del artículo 89 en el Código Penal de 1995 ya se adivinaba cuál era la verdadera razón de la medida, servir de instrumento a los fines de la política migratoria, aumentando con ello el número de supuestos en que era posible llevar a cabo la expulsión y agilizar, sobre manera, la expulsión del extranjero delincuente; finalidades que, como veremos, se han visto corroboradas en las posteriores reformas del precepto.

No obstante si como hemos dicho, con la incorporación al originario artículo 89 CP de la figura de la sustitución de la pena contenida en la LOEX de 1985 se ampliaban los supuestos objetivos en que era posible proceder a la expulsión, también es preciso hacer

notar cómo se reducían los supuestos subjetivos en que se podía proceder a tal expulsión, aplicable tan solo a los extranjeros no residentes legalmente en España.

Sí con las previsiones del artículo 21.2 párrafo II de la LOEX 1985 era posible la sustitución de la pena por la expulsión en el caso de cualquier extranjero delincuente - tuviera residencia legal o ilegal-, el originario artículo 89 Código Penal de 1995 la restringía única y exclusivamente a los extranjeros “ilegales” o, mejor dicho, a los extranjeros sin residencia legal en nuestro país, lo que venía a confirmar lo ya expuesto, la utilización del Código Penal como un instrumento más de la política migratoria, con el fin de reducir el contingente de extranjeros residentes ilegales existente en nuestro país.

Las reformas que con posterioridad se han llevado a cabo sobre el precepto, a pesar de ser en muchos casos significativas, en esencia, no han variado la inicial configuración y estructura del mismo aunque sí han puesto de relieve la clara filosofía expuesta.

Y así, la primera reforma del precepto, operada a través de la Ley Orgánica 8/2000, de 23 de diciembre, de reforma de la LOEX del mismo año 2000, introdujo un número 4º en el artículo 89 en el que se prohibía -y se sigue prohibiendo- la sustitución de la pena por la medida de expulsión respecto a determinados y concretos delitos relacionados con el tráfico ilegal de mano de obra y/o empleo de súbditos extranjeros, con los derechos de los extranjeros y con el favorecimiento o integración en asociaciones ilícitas dedicadas al tráfico ilegal de personas.

Prohibición ésta que tiene su sentido para evitar la continuidad delictiva de sus autores y la disuasión de otros potenciales autores, continuidad delictiva que, casi con toda seguridad, se daría si la pena privativa de libertad se sustituyese por la expulsión del territorio nacional. Pensemos por ejemplo en los patrones de las denominadas “pateras” a quienes, tras ser condenados, se les sustituyese la pena por la expulsión; en este caso, la continuidad delictiva sería casi segura -al día siguiente de la expulsión podrían seguir patroneando nuevas “pateras”- y el efecto criminógeno respecto a otros sujetos sería claro, dado que se les estaría enviando el mensaje de que la conducta de patronear “pateras” no es delictiva en nuestro país o, si lo es, no tiene ningún tipo de

consecuencia penal, salvo la de ser el condenado repatriado, consecuencia esta que, como se podrá comprender, no es percibido por tales sujetos como un mal.

La segunda reforma se llevó a cabo a través de la Ley Orgánica 11/2003, de 30 de septiembre, que modificaba los números 1, 2 y 3 del artículo 89 CP. En esencia esta reforma no variaba la inicial estructura del precepto -que seguía distinguiendo entre penas privativas de libertad inferiores a 6 años o superiores 6 años- y, por supuesto, seguía previendo su sustitución por la expulsión del territorio nacional. No obstante sí introdujo cambios significativos - de orden fundamentalmente técnico y sustantivo- encaminados principalmente a lograr la automaticidad en la aplicación de la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión; en definitiva, cambios dirigidos a facilitar las posibilidades de expulsión, haciendo más eficaz la instrumentalización de la medida de acuerdo con las finalidades de la política migratoria, endureciendo los efectos de la expulsión del territorio nacional hasta límites prácticamente insospechados, que no hacían más que confirmar la pretensión de utilizar el Código Penal como instrumento de política migratoria.

En lo relativo a la tercera reforma, dada por la L.O.5/2010, de 22 de junio, vigente hasta hace unos meses, nos remitimos a lo expuesto.

La última de las reformas ha sido introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, a cuyas concretas previsiones descenderemos a lo largo de la exposición de este trabajo, haciendo ahora tan solo unas breves consideraciones.

En esta reforma el legislador califica la expulsión del extranjero como una forma de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y -al igual que en la anterior regulación- la contempla en el Libro I relativo a las *“Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal”*¹³⁰, Título III *“De las penas”*, Capítulo III *“De las formas substitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”*, Sección 2ª *“ De la sustitución de las penas privativas de*

¹³⁰ Se ha suprimido la referencia en este Título a las faltas dado que las mismas han sido suprimidas, siendo este aspecto de la reforma uno de los más destacables en cuanto a su estructura, pues con esta desaparece el Libro de las Faltas, reconvirtiéndose algunas de ellas al ámbito administrativo (como el caso de las faltas leves de respeto a la autoridad o la realización de actividades sin seguro obligatorio) o a la vía civil (como el caso de las faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve) o a formar parte de un elenco de delitos leves (como es el caso de las faltas contra las personas, o contra la propiedad y el patrimonio).

libertad”, dedicando el artículo 89 a la sustitución por la expulsión del territorio nacional, cuando el penado fuera extranjero.

En definitiva, no cambia la estructura, porque no se lleva a cabo una modificación más que de determinados artículos, pero hay que objetar que no ha tenido en cuenta que ya no existe separación entre “suspensión” y “sustitución”, por lo que debía de haberse reorganizado la distribución de las secciones, ya que ambas figuras se unifican.

Y así el nuevo artículo 89 C.P. prevé que:

“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, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como se observa, los principales cambios del artículo 89 se encuentran en los tres primeros apartados, que contemplan la sustitución misma y sus requisitos, mientras que los restantes reproducen las actuales previsiones para su desarrollo y posibles

incidencias en el cumplimiento. En el cuarto apartado se incluye un régimen específico para los ciudadanos comunitarios. Y en los nuevos apartados cinco, seis, siete y ocho se incluyen -aunque no literalmente- las previsiones contenidas en los distintos apartados del anterior artículo 89. Por otro lado, al margen de la redacción, también el nuevo apartado noveno coincide en buena parte con el anterior apartado séptimo, al excluir la sustitución de la pena en los delitos de los artículos 312, 313 y 318 bis, pero introduce el delito del artículo 117 bis (trata de seres humanos), en el catálogo de delitos que no permiten la sustitución de la misma por la expulsión.

Esta nueva regulación es ahora más detallada y prevé cambios en el régimen jurídico del cumplimiento de las penas impuestas a los condenados que sean “ciudadanos extranjeros”, ampliando la expulsión no sólo a los extranjeros residentes legalmente en España, sino también a los ciudadanos de la Unión Europea pues, como se ha visto, en la anterior norma tan solo se preveía la expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España.

El legislador opta por la expulsión como pena sustitutiva de la prisión de una forma amplia, porque aunque se decida el cumplimiento de la pena, éste puede ser parcial y posteriormente puede decretarse la expulsión del territorio nacional, y no sólo cuando en el cumplimiento de la pena se acceda al tercer grado penitenciario o a la libertad condicional, como ocurría en la anterior regulación.

Con esta reforma se ajusta el límite de la pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión, con la contenida en la legislación de extranjería, la pena de prisión cuando exceda de un año.

Así mismo, cuando la pena impuesta sea superior a cinco años de prisión, el juez o tribunal deberá establecer, en todo caso, qué parte de la pena impuesta deberá ser cumplida en prisión, debiendo sustituirse la ejecución del resto de la pena por la expulsión del extranjero del territorio español, cuando cumpla la parte de pena que hubiera determinado el juez, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

Aunque se introduce la posibilidad de no proceder a la sustitución en ningún caso cuando a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.

Se amplía al delito de trata de seres humanos (art. 177 bis C.P.) los supuestos de prohibición de sustitución.

De todas formas hay que señalar, que con esta nueva regulación y su mantenimiento en el ordenamiento penal el legislador, una vez más, hace caso omiso a las voces que reclamaban el destierro penal de esta institución, y la reciente reforma del Código Penal continúa regulando una fórmula que, como advierten algunos autores, es muy criticada por su descarnado pragmatismo, así como por su discutible limitación de garantías constitucionales¹³¹, y todo ello sin obviar el rechazo general y la crítica que ha provocado la reforma del Código Penal en un amplio sector doctrinal y social, por haber aprovechado el Gobierno del Partido Popular una mayoría absoluta en las Cortés para impulsar reformas como esta, sin el debido consenso y debate parlamentario, cuando la misma es de tal calibre que afecta a 252 artículos que se modifican y 32 que se suprimen.

Y como se ve y se tendrá ocasión de analizar, esta nueva regulación contiene disposiciones totalmente discriminatorias dirigidas al control de las minorías y de una parte de la población muy vulnerable, como son los extranjeros en general -regulares, irregulares y comunitarios- disposiciones que cuanto menos son contrarias a los principios que deben informar un Estado democrático y de derecho, por lo que consideramos que con la misma se ha retrocedido de una manera importante en el proceso de integración de los extranjeros, pues, como reiteramos, la sustitución de la pena de prisión por expulsión se ha ampliado de una forma incomprensible a los extranjeros con autorización de residencia, afectando con ello de una forma muy negativa a la población inmigrante, a la que se le van a aplicar medidas más restrictivas respecto a la anterior reforma del 2010, como se estudiará.

Y así, con la anterior reforma un inmigrante en situación irregular condenado a una pena de prisión inferior a seis años, podía ser expulsado del territorio español, sustituyendo su pena de prisión por la “salida del país”. En la reciente reforma, la expulsión afectará no sólo a las personas “sin papeles”, sino que también se extenderá a las personas que ya tengan permiso de residencia, incluso a los ciudadanos de la Unión europea. Es decir, cualquier persona extranjera inmigrante, esté en situación irregular o

¹³¹ ORTS BERENGUER, E. y GONZALEZ CUSSAC, J.L. Compendio de Derecho Penal Parte General, 2ª Edición actualizada conforme a la L.O. 5/2010. Valencia, 2010.

no en España, podrá ser expulsada del territorio nacional desde el momento en que sea condenada por un delito. Esto supone una flagrante violación de los derechos humanos, entre otras cosas, por el agravio comparativo que se produce entre las personas con nacionalidad extranjera y las personas con nacionalidad española que cometen el mismo delito.

Por otro lado consideramos que la referencia que se hace en el precepto a criterios de “*defensa del orden público y confianza de la norma infringida por el delito*”, no deja de contener criterios indeterminados y susceptibles de diferentes interpretaciones y abusos, en contra del deseable principio de seguridad jurídica.

II.2. Breve referencia a la suspensión y a la sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad, en la reforma de la L.O. 1/2015. Cuestiones prácticas.

a) Introducción. Reforma de la suspensión de la ejecución de la pena por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo.

Todavía hoy en día es innegable que el sistema de justicia penal, en su aspecto represivo, descansa sobre la pena de prisión que actúa como columna vertebral de toda respuesta punitiva, y aunque se observa una creciente y positiva ampliación de respuestas no prisonizadas sigue siendo cierto, frente a las utópicas tesis abolicionistas, lo que ya se recogía en la Exposición de Motivos del proyecto de reforma de Ley General Penitenciaria 1/1979 de 26 de septiembre que “*Las prisiones son un mal necesario, y no obstante la indudable crisis de las penas de privación de libertad, previsiblemente habrán de seguir siéndolo por mucho tiempo*”.

Se trata de un posicionamiento muy realista porque no ignora el fracaso generalizado que supone las penas de prisión, pero que no obstante, en la medida que no exista una respuesta alternativa sigue siendo un mal necesario, pues hay que reconocer sin ambigüedades que las cárceles hoy en día, aún siguen siendo nidos formativos de delincuencia violenta, antes que centros con función de reinserción social.

De todas formas, la prisión, como respuesta del sistema penal, queda legitimada en la medida en que no sea la única respuesta de la que dispongan los Jueces, sino que debe de compartir protagonismo con otras medidas no prisonizadas, que en general tiendan a actuar sobre la causa profunda de la que el acto delictivo es sólo su consecuencia.

En la Exposición de Motivos de la LO 10/1995 del vigente Código Penal se introdujeron importantes cambios de filosofía en esta materia, en la medida en la que en con este Código Penal se ampliaron las posibilidades de adoptar penas que afectaran a otros bienes jurídicos menos básicos que el de la libertad, se eliminaron las penas cortas de prisión que tan efectos perversos producían, entendiendo por tales las penas inferiores a seis meses de prisión y al mismo tiempo se rebajaron los límites máximos de la pena de prisión, que quedaban fijados como plazo ordinario en 20 años y excepcionalmente en 30, disminución que con relación al Código Penal 1973 equivalía al tercio de indiscriminado beneficio para el penado, que suponía la redención de penas por el trabajo. También en esta línea de ampliar la respuesta no prisonizada, se introdujeron los arrestos de fin de semana y los trabajos en beneficio de la comunidad.

Pero a pesar de ello, la LO de Reforma del Código Penal, 15/2003 que entró a regir el 1 de octubre del 2004 y las precedentes LO 7/2003 y 11/2003 supusieron , lamentablemente, un cambio de dirección en este aspecto concreto, en la medida en la que se optó por un endurecimiento generalizado de la respuesta punitiva y por tanto en un reforzamiento de la pena de prisión, lo que supuso una subordinación del principio de reinserción del delincuente, al de prevención especial y general.

El Código Penal de 1995, como necesaria adaptación a los valores constitucionales, de forma novedosa y sin precedentes en el Código Penal derogado de 1973 - aunque plasmado en el Proyecto de C.P. de 1980- haciéndose eco de los repetidos alegatos en contra de las penas privativas de libertad, con una finalidad de prevención especial que busca una individualización máxima de la pena según las circunstancias del autor y del hecho, vino a introducir, como alternativa a las penas privativas de libertad, mecanismos específicos que permitieran sustituir éstas por otras que se entendieran menos desocializadoras, y afectaran a bienes jurídicos menos básicos, a fin de que la reeducación y reinserción social, propugnada en el artículo 25 C.E., fuera la verdadera orientación de las penas de libertad y de las medidas de seguridad y se consiguiera alcanzar en lo posible los objetivos de resocialización que la Constitución asigna a las

penas, y dado que la prisión, pena básica entre las privativas de libertad, no es el instrumento idóneo de resocialización, o la misma ha fracasado en tal sentido, es preciso buscar alternativas.

Y si bien la doctrina penalista española no ha permanecido al margen de los movimientos que propugnan la búsqueda de alternativas a la pena de prisión, si ha optado, en general, por posiciones cautas y realistas que optan por descartar una abolición de la pena de prisión y apuestan por su sustitución gradual y selectiva¹³².

En definitiva, y por lo que se refiere a la posibilidad de sustituir las penas privativas de libertad, tenemos que decir que la sustitución de la misma queda legitimada en la medida en que no sea la cárcel la única respuesta con la que cuente el sistema penal, ya que la alternativa a la prisión viene a ser una verdadera alternativa a la delincuencia, dada la naturaleza claramente criminógena del ambiente carcelario, debiendo en todo caso procurarse que la aplicación judicial del Código Penal no se convierta en un factor de multiplicación de la desigualdad social.

Y así nuestro Código Penal, con anterioridad a la reforma operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, regulaba las diferentes formas de sustitución de las penas privativas de libertad - cuya finalidad es evitar el cumplimiento efectivo de las penas de prisión de corta duración, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos - en el Libro I, Título III “De las penas”, en el Capítulo III, bajo la rúbrica “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad”, rúbrica que poco se parecía a lo que anuncia, como veremos.

Y así, el Capítulo estaba dividido en cuatro Secciones:

- i) la Sección 1ª “De la suspensión de la ejecución de las penas de libertad” (arts. 80 a 87). En este supuesto nos planteábamos si más que una sustitución de una pena por otra, es decir, de la pena privativa de libertad por otra menos limitativa de derechos, lo que verdaderamente se producía era una suspensión de la ejecución de la pena de prisión, por lo que consideramos que mal podía sustituirse algo que se suspendía, aunque había autores que mantienen otra tesis, afirmando que la

¹³² SÁINZ CANTERO, J.A. “La sustitución de la pena de privación de libertad”. Estudios Penales y Criminológicos, vol. II (1978): La reforma penitenciaria. Cursos e Congresos nº 12. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela.

suspensión de la ejecución es “otra ejecución”, que consiste precisamente en suspender la ejecución de la pena de privativa de libertad, cuando esta puede afectar negativamente al condenado, impulsando su resocialización, y conminándole a una conducta no delictiva que le liberará definitivamente del castigo¹³³.

- ii) la Sección 2ª “De la sustitución de las penas privativas de libertad” (arts. 88 y 89), contemplaba supuestos, no sólo de sustitución de la pena en el momento de la ejecución de la pena privativa de libertad, sino de imposición de una pena en sustitución de otra, en concreto en su art. 89, el supuesto de la sustitución de la pena de prisión por la de expulsión del territorio nacional, en el caso de los extranjeros.
- iii) En cuanto a la Sección 3ª “De la libertad condicional” (arts. 90 a 93), parecía que más que ante una forma de sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad, estábamos ante la última fase de la ejecución normal de la misma conforme consagra la L.O.P.J.
- iv) La Sección 4ª “Disposiciones Comunes” (art. 94), no contenía sino una única disposición, que sólo era común a la Primera y Segunda Sección.

Por otra parte, hemos de comentar que el estudio sobre las alternativas a las penas privativas de libertad había de completarse con otros preceptos distintos de los comprendidos en el capítulo comentado –los cuales no han cambiado a raíz de la reforma de 2015- en especial con el art. 71.2, que recogía una sustitución automática de las penas de prisión inferiores a tres meses, con la concreción del sistema vicarial que representa el art. 99 (conurrencia de penas y medidas de seguridad) y con la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación del indulto (art. 4.4).

Así pues y a modo de resumen, con las salvedades hechas, y dentro de los mecanismos sustitutorios de las penas privativas de libertad podíamos distinguir en la anterior regulación entre:

¹³³ LLORCA ORTEGA, J. Ponencia sobre Sustitución y suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, presentada en el Congreso sobre el Código Penal de 1995, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid, marzo de 1996(libro 1996)

- i) la sustitución legal u obligatoria, recogida en el artículo 71.2 C.P., que obligaba a la sustitución de la pena de prisión inferior a tres meses, por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente,
- ii) la sustitución potestativa o facultativa para el juez o tribunal cuando concurrieran determinados requisitos y las penas de prisión no fueran superiores a los dos años impuestas por delito (art. 88 C.P.), estableciéndose en este supuesto como único condicionante que el penado no fuera reo habitual, según definición dada en el artículo 94 C.P., y
- iii) la sustitución obligatoria, salvo alguna excepción, cuando se tratara de penas privativas de libertad inferiores a seis años, impuestas a un ciudadano extranjero no residente legalmente en España (art. 89 C.P.). En este supuesto, como se expondrá, la ausencia de la finalidad preventivo especial del mecanismo de la sustitución se revelaba en la naturaleza del único requisito subjetivo exigido, esto es, la condición de extranjero no residente legalmente en España.

La reforma, aunque mantiene idéntica la estructura del Capítulo III, del Título III, Libro I, modifica sustancialmente el régimen de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional, dando nueva redacción a los artículos 80 a 93 CP, manteniendo intacto el art. 94 y añadiendo el artículo 94 bis), instaurando un sistema unitario de suspensión integrado por las dos figuras tradicionales, la suspensión de la ejecución y la sustitución de las penas privativas de libertad, conservando tan solo su autonomía la sustitución de las penas de prisión impuestas a ciudadanos extranjeros por la expulsión del territorio nacional regulada en el artículo 89. De este modo, lo que se pretende, y como así se expone en la Exposición de Motivos de la citada L.O. 1/2015, es que la decisión en torno a las distintas modalidades de suspensión se adopte en una misma resolución, salvándose en parte los desajustes de la normativa anterior, donde eran objeto de pretensiones separadas en momentos dispares del proceso, sin que existiera una normativa clara sobre la alternancia entre ellas, por lo que con la revisión de esta regulación se ha tratado de dotar a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad de una mayor flexibilidad y a la vez facilitar una tramitación más rápida.

El instituto de la suspensión de la pena privativa de libertad es un privilegio que concede la Ley punitiva para supuestos claros en los que la resocialización, como finalidad de la pena, prima sobre la finalidad de prevención general y especial. Se aplica fundamentalmente a los llamados “delincuentes primarios”, es decir, a aquellos que carecen de antecedentes penales y han cometido delitos de los que podemos considerar menos graves, sin que penda en la ejecución la satisfacción de responsabilidad civil. En estos supuestos, el legislador ha entendido que en aras a una correcta reinserción y resocialización del penado se prescindía del cumplimiento efectivo de la pena, la cual queda en suspenso durante el periodo de tiempo que indique el tribunal sentenciador, quedando ulteriormente extinguida la pena mediante el auto de remisión definitiva de la condena, si durante el periodo de suspensión el penado ha cumplido con todas y cada una de las condiciones impuestas en su día para concederle tal beneficio.

En primer lugar hay que partir de que la suspensión es discrecional para el juez, y por lo tanto no es de concesión automática, sino que se ponderarán las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, pasando la motivación de la resolución judicial por la argumentación de considerar procedente su concesión o no, en aras a una mejor resocialización del penado.

Las características básicas de esta figura son las siguientes:

- i)* afecta sólo a la ejecución de la pena y no a su pronunciamiento,
- ii)* la pena ha de tener una duración corta o media;
- iii)* el beneficiario ha de ser delincuente primario o rehabilitado;
- iv)* la suspensión se limita a un tiempo determinado, transcurrido el cual, si el penado cumple las condiciones, normalmente tan sólo la de no delinquir, la pena se entenderá cumplida o remitida (aunque la condena pronunciada produce efectos, entre otros, la inscripción de antecedentes penales en el Registro de Penados y Rebeldes del Ministerio de Justicia), pero si la condición (o condiciones) son transgredidas, el condenado deberá cumplir la pena suspendida.

Al igual que con anterioridad a la reforma operada por la L.O. 1/2015, podemos distinguir entre una suspensión ordinaria (art. 80.1 2 C.P.) y una suspensión extraordinaria por motivos de adicción a sustancias (drogodependientes o alcohólicos:

art. 80.5 C.P.) o por enfermedad muy grave con padecimientos incurables (art. 80.4 C.P.)

b) Suspensión ordinaria (art. 80.1 C.P.)

Establecía el anterior art. 80.1 C.P. que “ *los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años, mediante resolución motivada.*

En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste.

3. La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados”

Por su lado el art. 81 C.P. indicaba cuales eran los requisitos y condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de las penas, siendo estos los siguientes:

1ª. Que el condenado hubiera delinquirido por primera vez. A tal efecto no se tenían en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes, ni los antecedentes penales que hubieran sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto es el artículo 136 de este Código.

2ª. Que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no fuera superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3ª. Que se hubieran satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declarara la imposibilidad total o parcial de que el condenado hiciera frente a las mismas.

En el reciente artículo 80.1 se establece que “*1. Los jueces y tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.*

Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su

conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

2. Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1.ª Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

2.ª Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3.ª Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento”.

Pues bien, si comparamos ambos preceptos concluimos que las penas susceptibles de suspensión siguen siendo las privativas de libertad no superiores a dos años.

i) Requisitos objetivos.

1.- En relación a los requisitos objetivos, la primera condición es que el condenado haya delinquido por primera vez.

En cuanto a los criterios que ahora ha de tener en cuenta el juez o tribunal para fundar su resolución observamos en primer lugar que se ha suprimido la referencia a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra el mismo, introduciéndose una serie de elementos tales como *“las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y el cumplimiento de las medidas que fueren impuestas diferentes”*, elementos estos que por otra parte, ya en la práctica forense se tenían en cuenta.

A este respecto hay que señalar, como así lo hace algún autor¹³⁴, que la referencia que se hace ahora a *“sus antecedentes”*, deberá tan solo circunscribirse a los antecedentes penales, pues de otra forma se pondría en tela de juicio la seguridad jurídica, al poder tomarse en cuenta otros datos.

Por otro lado, cuando se expresa en el art. 80.2.1^a: *“Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros”* tendremos que entender que se trata de aquellos delitos relacionados entre sí, es decir, que entre el delito por el que ha sido condenado el sujeto y del que pretendemos obtener la suspensión de la pena, sean delitos de la misma o similar naturaleza, porque afectan a iguales o similares bienes jurídicos.

Es muy bienvenida la reforma, en cuanto a la posibilidad de que no se deniegue una suspensión de condena por el hecho de que se haya cometido un delito anterior, si este delito carece de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de nuevos delitos. Son muchas las ocasiones en las que no podemos otorgar la suspensión de condena, porque el condenado tiene un antecedente penal, que puede ser casi irrelevante, como una conducción sin permiso de conducir. Y que esta condena supusiera que ya automáticamente no pudiéramos concederle la suspensión de la ejecución de la pena, motivaba que se acudiera,

¹³⁴ ROIG TORRES, M. En el artículo “Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”, publicado en la obra “Comentarios a la reforma del Código Penal 2015” dirigida por GONZALEZ CUSSAC, J.L. Tirant lo Blanch. Valencia 2015.

quizás de una forma excesiva al indulto, precisamente por eso, y por la posibilidad de que ahora podamos apreciarlo así por los jueces y tribunales nos parece absolutamente adecuada.

Uno de los interrogantes que se planteaba con anterioridad a la reforma, relativo a si se tenían que tener en cuenta los antecedentes por las condenas de faltas, ha sido despejado con la reforma, y a tal efecto, señala el nuevo precepto que no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos leves (que son las antiguas faltas).

Esta previsión es acorde con el criterio que se seguía en la práctica de no tomar en consideración las faltas, puesto que al suprimirse del Código, algunas de ellas se han remitido a la vía civil o a la administrativa y otras han pasado a regularse como delitos leves, declarándose igualmente que no serán obstáculo para la suspensión.

Criterio que por otra parte también había quedado despejado por la doctrina mayoritaria que restringía la referencia legal a la previa comisión de un delito, desechando la acepción amplia comprensiva de las faltas, indicando que debía optarse por una interpretación estricta, máxime si se tenía en cuenta que los delitos imprudentes no eran óbice para su otorgamiento, por lo que cuando estemos ante delitos leves, debemos entender que el condenado ha delinquido por primera vez.

Respecto a la existencia que se hacía en la anterior redacción del precepto a otros procedimientos penales contra el condenado y su valoración por parte del juzgador como causa para denegar la suspensión, consideramos que la misma podía colisionar con el principio de presunción de inocencia, señalándose, como primera crítica que estos podrían acabar en sentencia absolutoria o en sobreseimiento, por lo que para valorar estos procedimientos debía de solicitarse testimonio de su estado, teniendo un componente importante para su valoración, la existencia de escrito de acusación por el Ministerio Fiscal y el dictado del auto de apertura de juicio oral, o que el acusado estuviera o hubiera estado en situación de rebeldía con la consiguiente suspensión del procedimiento, o aquellos casos en los que los hechos probados de la sentencia

que se ejecutaba, se señalaran otros procedimientos con sentencia condenatoria o en los que se hubieran adoptado medidas cautelares.

Como se ha expuesto, esta mención a los procedimientos penales y a la “peligrosidad” del sujeto, se ha suprimido con la actual reforma, pero entendemos que con ello no se ha sustraído al tribunal la posibilidad de que aprecie tales circunstancias en el momento de tener en cuenta las circunstancias personales del penado, o la propia naturaleza del hecho cometido, pues la no asunción de la comisión del delito o la alta probabilidad de que las conductas puedan volverse a repetir, pueden fundamentar la negativa a conceder este beneficio.

Para averiguar la existencia de otros procedimientos habrá que acudir, en primer lugar, al Registro Central de Penados y Rebeldes, siendo relevante respecto de los delitos de violencia de género y en general aquellos cometidos frente a las personas del art. 173.2, acudir al Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica regulado por RD 355/04 de 5 de marzo en el que además de las penas se anotarán las medidas impuestas y los procedimientos en trámite y las sentencias no firmes.

En relación a la cuestión de si se exige sentencia condenatoria previa al momento de comisión de la infracción cuya pena se trataba de suspender, consideramos que el término “delinquiere” exige una previa sentencia condenatoria, el principio de presunción de inocencia resultaría vulnerado en caso contrario.

Además, en la valoración de la primariedad, habrá de atenderse a la fecha de realización de la conducta, de tal forma que si no hubiese recaído sentencia firme, aunque el hecho enjuiciado en un proceso en curso fuera anterior al ya sentenciado, no habría obstáculo legal para la suspensión. Si, además recayese después sentencia condenatoria en ese proceso en curso, por hechos anteriores a los enjuiciados en otro proceso en el que se concedió la suspensión, podría volver a concederse el beneficio. Es decir, en un caso no existía impedimento porque faltaba sentencia firme y por tanto, el delincuente era, en rigor, primario;

en otro, porque aunque existirá sentencia firme condenatoria, se referirá a hechos posteriores, por lo que sería también, lógicamente, primario al delinquir.

La aparente paradoja puede sorprender, pero es razonable si se piensa que obedece a una disfunción que lleva al enjuiciamiento tardío de hechos más antiguos: que ello sea así no es, normalmente, imputable a quien puede ser acreedor del beneficio¹³⁵.

Otro supuesto que puede darse, es que si, cometidos dos delitos, se enjuicia primero el posterior, pero en el momento de decidir acerca de la suspensión ha recaído ya sentencia condenatoria por el primero de ellos, acreditada la fecha de los hechos a que se refiere esta segunda sentencia (dato que no proporciona el Registro), no se le podrá otorgar al reo este beneficio.

Igualmente hay que señalar respecto a las condenas por delitos imprudentes, que aunque estas no impiden la concesión de este beneficio, pueden ser objeto de valoración negativa en la resolución que se dicte, por cuanto como hemos señalado, la decisión de suspender la ejecución de la pena es potestativa del Juez.

Otra cuestión que entendemos de gran interés es la posibilidad de revocación de la suspensión si durante el plazo de la misma el sujeto delinque y sin esperar a que recaiga sentencia firme.

Con apoyo en el AAP de Sevilla de 8 de Julio de 2003, podemos colegir que cuando se comunica al Juzgado de lo Penal la circunstancia de que el beneficiario del privilegio de la suspensión ha sido detenido, o le ha sido imputada la comisión de un hecho delictivo, se puede proceder a la revocación del beneficio de la suspensión, pues si bien esta es condicional, existe una clara posibilidad de revocación amparada por la literalidad del artículo 84 del Código Penal, por circunstancias sobrevenidas, y será a criterio del Juez o Tribunal sentenciador la oportunidad o no de la revocación según se valoren las

¹³⁵ LLORCA ORTEGA, J. Ob. Cit. Es partidario de atender a la fecha de la realización de la conducta y no de la sentencia, aunque hay que mantener una unidad y criterio para cualquier situación y dicho criterio condicionara, además, lo que haya de entenderse por “delinquir” a los efectos de la revocación de este beneficio (art. 84)

circunstancias y siempre en base a una resolución motivada, como ordena la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia y se deduce de la STC de 8 de octubre de 2007.

De hecho, el artículo 93 del Código Penal, en su redacción anterior a la reforma de 2015, preveía la posibilidad de revocación de la libertad condicional cuando el sujeto, en el periodo de libertad condicional, delinquiere o inobservare las reglas de conducta impuestas en la resolución.

En cuanto a la pena susceptible de suspensión, ha de ser una pena privativa de libertad, pues esto se desprende de la rúbrica del capítulo y de la sección correspondiente, las cuales únicamente se refieren a penas privativas de libertad, limitación que debe prevalecer frente a las dudas que pueden suscitar las referencias del art. 80.2 a "penas leves" y del art. 80.4 a "cualquier pena impuesta"¹³⁶.

2.- En relación al segundo de los requisitos establecidos en el art. 80.2.2^a, esto es, la duración de la pena, se mantiene como condición que la pena, o la suma de las penas impuestas, no sea superior a dos años (si se tratará de dos años y un día ya no se cumpliría esta segunda condición) , sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa, por lo tanto, la suma de las penas impuestas se refiere a la pena de prisión y a la pena de localización permanente.

3.- El tercero de los requisitos para la concesión de este beneficio se refiere a la necesaria satisfacción de responsabilidades civiles y a que se hubiera hecho efectivo el comiso acordado en sentencia conforme al art. 127 C.P.

La redacción anterior del precepto (art. 81.3^o C.P.) disponía que si no era posible el abono de la responsabilidad civil, tendría que darse una resolución judicial en que se declarase la imposibilidad total o parcial de su abono (auto de insolvencia provisional o definitiva), previa audiencia de los interesados

¹³⁶LLORCA ORTEGA, J: Ob. Cit.

SÁNCHEZ YLLERA, I. en *Comentarios al Código Penal de 1995*, ed. dirigida por VIVES ANTÓN, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996

La incorporación de este requisito fue objeto de críticas doctrinales, por entender que no se compadecía con la finalidad de prevención especial que se pretendía asignar a la suspensión, por cuanto la pretensión de condicionar la remisión al efectivo abono de las responsabilidades civiles, supondría *"una privación de libertad en un caso no previsto por la ley"*, a lo que se objetaba a *"sensu contrario"*, que, caso de estar prevista tal condición, no existiría objeción, siempre que no perjudicase la situación del insolvente.

Sin embargo, pese a esta crítica fueron muchos los autores que se pronunciaron en favor de dicha limitación, por cuanto se introducía un elemento retributivo "de compensación" y de protección a la víctima que, de otro modo, contemplaría la situación de su ofensor como de práctica impunidad. En la legislación comparada, por otra parte, es muy frecuente la exigencia de reparación del daño, bien como requisito de concesión, bien como condición de mantenimiento.

Pero al margen del juicio positivo o negativo que mereciera tal requisito, había de hacerse notar que no se hablaba de "declaración de insolvencia", sino de "declaración de imposibilidad", término que venía justificado por la extensión de las responsabilidades civiles y, en concreto, de la obligación de reparación del daño, a obligaciones de hacer o no hacer (art. 112 C.P.), respecto de las cuales no sería terminológicamente correcto aludir, para casos de imposibilidad de satisfacción, a la situación de "insolvencia", por cuanto el responsable podría ser solvente, pero verse imposibilitado para realizar una determinada obligación de hacer impuesta como reparación del daño.

De otra parte, podía plantear problemas la declaración de imposibilidad parcial: en tal caso, la suspensión quedaba condicionada a la satisfacción de aquello a lo que, dentro de las responsabilidades civiles, alcanzara las posibilidades (no sólo económicas) del sujeto responsable.

Pues bien, la reciente reforma (art. 80.2.3º C.P.) establece que se entenderá cumplido el requisito de tener satisfechas las responsabilidades civiles cuando el penado haya asumido el compromiso de satisfacer dicha responsabilidad civil de acuerdo con su capacidad económica, resultando novedoso también exigir como condición que se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia. Pero igual que se ha previsto que pueda eludirse el pago de la responsabilidad civil con el citado compromiso de

satisfacer dicha responsabilidad, también se admite que, si no se ha llevado a cabo el decomiso acordado en sentencia, baste con constatar una conducta facilitadora por parte del condenado en tal sentido. De todas formas consideramos que lo que tendría que acordar el juez o tribunal, cuando tenga la seguridad de que el condenado no va a satisfacer la responsabilidad civil, es imponerle como condición, la realización de trabajos en beneficio de la comunidad (previo el consentimiento naturalmente del penado, pues no se puede obligar a trabajar a nadie), lo que no deja de ser una sustitución de la pena, como expondremos más adelante.

La nueva redacción del precepto determina que el juez puede fijar un plazo prudencial para la satisfacción de la responsabilidad civil y el decomiso, e imponer garantías para asegurar su cumplimiento, y aunque no especifica cuales deber ser tales garantías, consideramos que las debe fijar en la sentencia o en una resolución posterior, pues no existe obstáculo alguno para que pueda acordarse en el momento de la ejecución, a través del correspondiente auto, si en el momento de dictar sentencia el juez no dispone de los datos necesarios para efectuar tal pronunciamiento.

Con esta modificación del precepto consideramos que ahora, más que antes, quedará la responsabilidad civil sin ser abonada en perjuicio de la víctima o perjudicado, pues tan sólo bastará una mera declaración de intenciones del condenado para que no se haga efectiva la misma, aunque pensamos que ello no será óbice para que el juez o tribunal busque y averigüe los bienes del reo para la satisfacción de la responsabilidad civil, siendo en todo caso necesario y conveniente en todos los supuestos escuchar a la víctima antes de resolver¹³⁷, y no sólo a las víctimas de delitos privados, como señala el art. 80.6º C.P., al expresar que “ *en los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los jueces y tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena*”, aunque también es cierto que quizás ello podría retrasar el pronunciamiento sobre la suspensión cuando sea dificultosa la localización del perjudicado, cuando lo que se pretende con la actual reforma es, que el Tribunal resuelva en el menor tiempo posible, incluso en la propia sentencia si ello es posible.

¹³⁷ Auto Tribunal Constitucional de la Sala Segunda, Sección 3ª, de 13 de noviembre de 2000.

ii) Resolución judicial: sentencia o auto.

Pues bien, cumplidos los requisitos básicos expuestos de la concesión del beneficio, el juez o tribunal acordará, discrecionalmente, la suspensión de la ejecución de la pena, en una resolución motivada, en la que deberá exponer las razones que estime razonables para dejar en suspenso la ejecución de la pena, por esperar que el cumplimiento de la misma no es necesario para evitar la comisión futura de nuevos delitos. Resolución que será la sentencia, siempre que ello sea posible, y si no, mediante el dictado del correspondiente auto, a la mayor brevedad posible, una vez decretada la firmeza de la sentencia, previa audiencia de las partes (art. 82 C.P.). Discrecionalidad del juez o tribunal en la que deberá atender fundamentalmente “ *a las circunstancias del delito cometido, a las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas*”, en el sentido ya estudiado, debiendo tomar en cuenta todos aquellos factores a través de los cuales pueda deducirse que en el sujeto no existe una resistencia a la integración social, de modo que la ejecución de la pena resulte perturbadora o simplemente innecesaria, debiendo valorar entre ellos, la personalidad del condenado, su trayectoria vital, su instrucción, su actividad laboral, su situación social y familiar, su estado físico y mental, etc, circunstancias estas que deberán ser alegadas y probadas por las partes¹³⁸.

La finalidad de que los jueces y tribunales resuelvan con celeridad sobre la suspensión de la ejecución de la pena es loable y creemos que tanto los jueces como los fiscales están verdaderamente interesados en que la ejecución se agilice, siendo además absolutamente necesario para el condenado que la respuesta penal sea lo más inmediata posible a los hechos, pero la regla general que se dispone de resolver en sentencia todo este incidente y la inmediatez de la misma no será posible cuando la sentencia no sea de conformidad, pues si tenemos que esperar a un recurso de apelación, que se resolverá dentro de seis meses a un año, en ese tiempo esa persona puede haber variado ese pronóstico, puede haber cometido algún delito, y nos resultará distorsionador aplicar una suspensión acordada hace un año, en un momento en el que ya no está vigente ese pronóstico.

¹³⁸ Sobre el modo de acordar la suspensión ver la STC 248/2004, de 20 de diciembre establece la necesaria audiencia del penado y la 202/2004 que determina la necesaria motivación de la decisión.

iii) Efectos de la suspensión.

En atención a lo expuesto en el art. 81 C.P., la suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal, esto es, en el plazo de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, y se fijará por el juez, atendiendo a los criterios expresados en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 80 (salvo en los supuestos de concesión de la suspensión de forma excepcional por la adicción del sujeto a sustancias, cuyo plazo de suspensión será de tres a cinco años).

Lo primero que observamos en este precepto es que el Código Penal diferencia la duración del plazo de suspensión en función de la gravedad de la pena, señalando un plazo de dos a cinco años para las penas privativas de libertad "inferiores a dos años" (o, como se ha justificado, iguales a dos años) y de tres meses a un año para las penas leves (que, como también se ha razonado, habrán de ser privativas de libertad).

Pues bien, una vez decidido qué plazo, entre los dos señalados, resulta aplicable, atendida la clasificación de las penas del art. 33, habrá de fijarse, dentro de cada uno de ellos, la duración concreta del mismo, en función de los criterios expresados en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 80, entre los que se encuentra las circunstancias personales del delincuente, lo cual constituye una manifestación más del empeño individualizador que preside el sistema de suspensión de la ejecución de la pena.

Si como veíamos anteriormente, las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, son decisivas para acordar o no la concesión de ese "voto de confianza" en que la suspensión consiste, también es acertado que dichas circunstancias reaparezcan, como criterio de determinación del plazo, justificándose un plazo de suspensión más largo cuando sea necesario reforzar el sentido de responsabilidad del sujeto.

Circunstancias y características en cada caso en concreto que tendrá que valorar y tener en cuenta el Juez, según lo manifestado por las partes y las pruebas aportadas por ellas, a las que el juez o tribunal deberá darles audiencia antes de resolver, y cuya opinión sin embargo, no será vinculante para el órgano judicial.

Una cuestión que podría plantearse al respecto sería, la incidencia del instituto de la prescripción sobre la pena suspendida, esto es, qué sucedería si el plazo de prescripción se agotara antes de que transcurriera el de suspensión, en el supuesto de que la concesión de la suspensión se demorara respecto de la firmeza de la sentencia, lo que no será inusual dada la carga de trabajo que soportan los juzgados en la actualidad. En tales casos, argumenta algún autor¹³⁹, que puesto que no existirá quebrantamiento, la única fórmula para eludir la prescripción sería la de concebir la suspensión de la ejecución como una modalidad de ésta. No obstante consideramos que habida cuenta de las dudas que podría plantear esta interpretación, sería aconsejable por parte del órgano judicial no señalar el plazo máximo de suspensión, salvo en los casos de concesión inmediata de la firmeza en las sentencias de conformidad, esto es, las dictadas al amparo de lo establecido en el art. 787.6 LECRIM. al inicio del juicio oral, y las dictadas en atención a lo previsto en el art. 801.2 de la LECRIM, in fine, respecto a las sentencias dictada de conformidad en los juicios rápidos por el juzgado de guardia.

Una vez acordada la suspensión, la ejecución de la pena quedará pendiente del resultado del "período de prueba" señalado.

Como hemos visto, la suspensión determina la obligación fundamental para el condenado de no cometer hecho delictivo alguno mientras dure la suspensión.

Hasta la L.O. 1/2015, la suspensión comenzaba al día siguiente de la notificación del auto de suspensión, momento en el que se computaba el plazo de la suspensión. Ahora el art. 82.2 C.P.. establece que: *“El plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda. Si la suspensión hubiera sido acordada en sentencia, el plazo de la suspensión se computará desde la fecha en que aquélla hubiere devenido firme. No se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado*

¹³⁹LLORCA ORTEGA, J.Ob. Cit

se hubiera mantenido en situación de rebeldía”. Por consiguiente entiende algún autor que si el individuo no está localizable no puede empezar a computarse el plazo ¹⁴⁰.

iv) Condiciones, obligaciones o deberes.

Así mismo, el art. 83.1 C.P. ha previsto, junto a la condición de que el reo no delinca en el plazo fijado en el precitado art. 81, que el juez o tribunal pueda condicionar la suspensión al cumplimiento de unas determinadas prohibiciones y deberes” *cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados*”. Este precepto ha sido profundamente reformado por la L.O. 1 /2015, que ha establecido nueve condiciones, frente a las seis antiguas. A las que hay que sumar las que aparecen en el nuevo art. 84 C.P.

Y desde los fines de prevención especial, el mencionado precepto ha previsto un catálogo, de normas de conducta, cuya imposición es discrecional, esto es, si el juez o tribunal "lo estima necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos", todas las cuales son tasadas, menos la medida novena (anterior sexta) , que es un cajón de sastre donde se permite la fijación de cualquier deber que el Tribunal considere apropiado, siempre y cuando cuente con la conformidad del condenado y no atente a su dignidad como persona.

Estas medidas recogidas en el precitado art. 83.1, denominadas "obligaciones y deberes", son los siguientes:

1.ª Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.

2.ª Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente

¹⁴⁰ FERNANDEZ APARICIO, J.M. “La ejecución penal. Adaptado a las Leyes Orgánicas 1/2015 de reforma del Código Penal, 5/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima”. Sepín 2015.

que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo.

- 3.ª Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del juez o tribunal.*
- 4.ª Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.*
- 5.ª Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.*
- 6.ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.*
- 7.ª Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.*
- 8.ª Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos.*
- 9.ª Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona”.*

Si comparamos las condiciones del antiguo art. 83 C.P.¹⁴¹ y las que se pueden imponer conforme al actual precepto, observamos que son las mismas a las que se han adicionado tres nuevas la condición segunda, la séptima y la octava .

¹⁴¹ 1.ª Prohibición de acudir a determinados lugares.

2.ª Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos.

La condición segunda, aunque consideramos que es difícil de ejecutar, nos parece interesante, sobre todo en el campo del derecho de justicia juvenil, pues consiste en prohibir al condenado establecer contacto con personas determinadas, o con miembros de un grupo determinado, cuando se trate de individuos de los que pueda sospecharse que pueden facilitarle la comisión de nuevos delitos o incitarle a ellos. Pero quizás tendría que haberse introducido algún perfil en esas personas con las que le va a estar prohibido relacionarse, porque de lo contrario supone una especie, un tipo de sospecha por el hecho de que se relacione con unas determinadas personas, personas sobre las que el juez o tribunal no tiene ningún dato objetivo, probado en una sentencia de que van a propiciar que el condenado vaya a cometer nuevos delitos. Quizás por ello, solo cabría imponer esta prohibición si estas personas han sido coacusadas y además han sido condenadas por esa pertenencia a un determinado grupo, y sobre esa base poder argumentar que el condenado no debe relacionarse con los co-condenados, porque hay un riesgo evidente de que, si se vuelven a juntar, pueden cometer nuevos delitos. Por lo que esta prohibición tendría que haber sido más perfilada por el legislador, para evitar convertir esa regla de conducta en un tipo de mera sospecha.

En la condición séptima hubiera sido interesante incorporar, como regla de conducta, el sometimiento a tratamiento de las ludopatías, al igual que se habla de la participación en programas de deshabituación.

La condición octava puede superponerse a la pena de prohibición de conducir vehículos a motor o ciclomotores, por lo que habría que hacer dos liquidaciones de condena: una por la pena y otra por la medida, dando lugar el incumplimiento de una u otra a efectos muy diferentes (comisión de un delito o revocación del beneficio)

3.^a Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.

4.^a Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.

5.^a Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares.

6.^a Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

En todo caso, si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.^a, 4.^a y 6.^a de ese apartado.

Estas últimas reglas crean evidentes problemas, por cuanto que, a título de ejemplo, si impuesta una orden de alejamiento la misma ya estuviera cumplida por el abono de la medida cautelar impuesta ¿cómo obligarle al cumplimiento de esta regla de alejamiento?, e incluso si la pena estuviera próxima a extinguirse por el abono de la medida cautelar y al imponer la obligación o deber resulta que se viene a ampliar ese tiempo. Por otro lado si en la sentencia ya se ha impuesto la pena de alejamiento no parece necesaria la imposición de esta obligación, puesto que su incumplimiento puede dar lugar a quebrantamiento de condena.

Aparte de estas condiciones que el juzgador puede imponer (a salvo de los supuestos de la violencia sobre la mujer, que son de imposición obligatoria), puede adicionar las condiciones del art. 84.1 C.P., que estudiaremos más adelante.

v) Mecanismos de control de las condiciones del art. 83C.P.

En cuanto a los mecanismos de control de estas condiciones, establecía el apartado 2º del anterior art. 83 que, *“los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas”*, de lo que se desprendía que el control de estas medidas no se atribuía a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria como era aconsejable, sino al juez o tribunal sentenciador, a través del examen de los informes de los servicios correspondientes de la Administración competente, con una periodicidad mínima trimestral.

La determinación de cuáles eran esos servicios dependía de la clase de medida impuesta, sin que, necesariamente, frente a la opinión de algún autor¹⁴², debieran identificarse con los servicios de la Administración Penitenciaria. En cualquier caso, opinaba algún otro autor¹⁴³, que lo que sería deseable era la creación de un cuerpo

¹⁴² SÁNCHEZ YLLERA, I. Ob. Cit.

¹⁴³ POZA CISNEROS, M. Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal. Formas sustitutivas de las penas de libertad, Cuadernos de Derecho Judicial. 1996

específico de funcionarios o, cuando menos, atribuir sus funciones transitoriamente a los Servicios de Asistencia Social de la Administración autonómica o municipal.

Frente a esta incertidumbre, loable ha sido la reforma de la L.O. 1/2015, que ha venido a clarificar los mecanismos de control en los apartados 3º y 4º del precitado art. 83 C.P., estableciendo dos organismos encargados de ello: las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria, al establecer que: “ 3. *La imposición de cualquiera de las prohibiciones o deberes de las reglas 1.ª, 2.ª, 3.ª, o 4.ª del apartado 1 de este artículo será comunicada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que velarán por su cumplimiento. Cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, será inmediatamente comunicada al Ministerio Fiscal y al juez o tribunal de ejecución.*

4. El control del cumplimiento de los deberes a que se refieren las reglas 6.ª, 7.ª y 8.ª del apartado 1 de este artículo corresponderá a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria. Estos servicios informarán al juez o tribunal de ejecución sobre el cumplimiento con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 6.ª y 8.ª, y semestral, en el caso de la 7.ª y, en todo caso, a su conclusión.

Asimismo, informarán inmediatamente de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, así como de los incumplimientos de la obligación impuesta o de su cumplimiento efectivo”.

vi) Cese, sustitución o modificación de las medidas impuestas

Por su parte el art. 85 C.P., y de forma novedosa frente a la anterior regulación, prevé la posibilidad de cese, sustitución o modificación de las medidas impuestas, y ello en función de la modificación de las circunstancias que propiciaron estas medidas, y siempre y cuando no se empeore la situación del condenado. En opinión de algún autor,

esta posibilidad no sería aplicable a las condiciones establecidas en los números 1º, 4º y 6º, ni en los supuestos de violencia sobre la mujer¹⁴⁴

vii) Revocación de la suspensión: supuestos.

¿Qué sucede en el supuesto que el reo incumpla alguna de las condiciones, deberes u obligaciones impuestas, en el momento de otorgarle el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena?

Para dar respuesta a este interrogante hay que diferenciar tres supuestos: a) si el sujeto delinquire durante el plazo de la suspensión; b) si el sujeto infringiera dentro de dicho plazo de suspensión, las obligaciones o deberes impuestos; y c) el supuesto concreto, no contemplado ahora en la reforma, de que la pena suspendida fuera la de prisión, impuesta por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género.

1. Cuando el sujeto delinque durante el plazo de la suspensión, esto es cuando comete un nuevo delito.

La condición básica de mantenimiento de la suspensión es la no comisión de delito en el plazo señalado.

Consideramos que hay que mantener una interpretación rigurosa de la expresión "delinquire", que ha de referirse a delito y no a los delitos leves (antiguas faltas)¹⁴⁵, y que exige un pronunciamiento condenatorio firme.

La fecha a la que se ha de atender no es la de la sentencia condenatoria, sino la de realización de la conducta, que deberá producirse durante el plazo de suspensión.

Cumplido el plazo y realizadas las necesarias comprobaciones (petición de antecedentes y testimonio de sentencias, en su caso, y examen de los informes relativos al cumplimiento de normas que se hubieren impuesto) tendrá el juez o tribunal que adoptar sin demora una resolución en relación con la suspensión

¹⁴⁴ Fernández Aparicio, J.M. Ob. Cit.

¹⁴⁵ Esta es la interpretación que se seguía con anterioridad a la reciente reforma, la palabra delinquire se consideraba hacia referencia a los delitos, no a las faltas. Por lo que si estas vienen a integrar los actuales delitos leves, tampoco deberá extenderse el termino delinquir a estos.

acordada; si la decisión precedente, a la vista de los antecedentes recabados, fuere la remisión de la pena (art. 87.1 C.P.), porque el órgano judicial entiende que ha transcurrido el plazo fijado sin haber cometido el sujeto un delito y se han cumplido de forma suficiente, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, según lo establecido, éste acordará la remisión de la pena (art. 87.1 C.P. Regulación esta coincidente con el anterior art. 85.2 C.P.), sin que pueda una vez acordada ésta retrotraer la decisión, ordenando la ejecución, si se conocieran condenas posteriores relativas a hechos realizados en el plazo de suspensión.

Pero si el sujeto delinque durante el plazo de la suspensión, esto es comete un nuevo delito, la consecuencia no es otra que la revocación automática del beneficio de suspensión (art. 86.1.a C.P.).

El tiempo durante el cual no puede cometer hecho delictivo alguno es el que dura la suspensión, computada desde el día siguiente a su notificación, por lo tanto, si se ha cometido un delito antes de la notificación o después del periodo de suspensión, esto no es motivo para revocar el beneficio, pero si el sujeto delinquirió en el plazo de la suspensión, una vez notificada esta, no hay otra salida que ejecutar la pena, es decir decretar la prisión del condenado, supuesto este muy habitual en la práctica forense.

Con anterioridad a la reciente reforma, lo que sucedía era que revocada la suspensión de la ejecución de la pena, se interesaba por el condenado la sustitución de la pena por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente, y si el individuo cumplía los requisitos, en muchos casos, se le otorgaba la misma, aunque también había jueces y tribunales que eran reacios a ello porque entendían que ello suponía otorgar un beneficio más al condenado que ya había hecho mal uso de la suspensión de la ejecución y además el contenido del anterior art. 84 (actual art. 86 C.P.9 era muy claro en cuanto al efecto que debía seguirse en este caso: la revocación del beneficio otorgado¹⁴⁶, porque permitir que la sustitución funcionara en cascada o subsidiariamente tras la revocación de la suspensión sería tanto como dejar sin efecto el mandato legal, de que revocada la suspensión se ordenará la ejecución de la pena. Este problema

¹⁴⁶ AAP Castellón, Sección 1ª, 70/2011, de 11 de febrero.

actualmente ya no existe al haberse derogado expresamente el art. 88 C.P., configurándose la sustitución, como un supuesto excepcional de la suspensión de la ejecución de la pena (art. 80.3 C.P.) como se estudiará.

De todas formas el verdadero problema está el momento en que se comprueba si el sujeto ha delinquido o no durante el periodo de suspensión de la ejecución. Y es que debido a la saturación de los Juzgados de lo Penal, esta comprobación no se efectúa en la práctica de una forma periódica, sino al término del plazo otorgado de suspensión (de dos a cinco años) y puede suceder a veces que el sujeto ha delinquido a los pocos días de la notificación de la suspensión, y se encuentra que se le revoca la suspensión pasados unos años, durante los cuales incluso ha podido ya llevar una vida “ordenada” y no ha vuelto a delinquir, en estos casos para evitar la entrada en prisión, sólo cabe recurrir a la petición de indulto. Lo que hacen algunos juzgados y es una buena solución, es cuando condenan a un individuo, comunicar al juzgado donde se le ha suspendido una pena, la sentencia dictada, a efectos de una posible revocación de la suspensión de la ejecución, con lo que se evita de esta forma las citadas dilaciones indebidas.

2. Cuando el sujeto incumple las normas de conducta impuestas.

Otra cosa es cuando lo que se incumple, no es la obligación de no delinquir durante el periodo de la suspensión, sino el incumplimiento de las obligaciones o deberes de los arts. 83 y 84 impuestos por el tribunal sentenciador, pues como hemos dicho estas son de carácter dispositivo, a excepción de las vinculadas a los delitos de violencia sobre la mujer.

En este caso hay que diferenciar si estamos ante incumplimientos graves o reiterados o no. En el primero de los casos, el efecto es equiparado a la comisión de un delito, esto es, ello va a suponer la revocación del beneficio¹⁴⁷.

Si el incumplimiento de las condiciones no es grave, el juez o tribunal podrá optar entre imponer nuevas condiciones o modificar las existentes o bien

¹⁴⁷ Tendrá también esta consecuencia para el condenado, la designación insuficiente o errónea de bienes susceptibles de embargo por la satisfacción de la responsabilidad civil, cuando tenga capacidad económica para la satisfacción del misma.

prorrogar el plazo de la suspensión, con el límite temporal de no superar la mitad de la duración del plazo fijado al principio.

En ambos casos, el juez resolverá previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, al igual que antes de la reforma, pero en caso de urgente necesidad - y esto sí es una novedad respecto a la anterior regulación- podrá prescindir de esta audiencia, ordenando la revocación del beneficio y el ingreso inmediato en prisión para proteger a la víctima, evitar el riesgo de reiteración delictiva o el riesgo de fuga.

Pero como hemos dicho, para que el incumplimiento de las medidas del art. 83 y 84 justifique la revocación del beneficio, este ha de ser reiterado, esto es, ha de producirse en más de una ocasión, lo cual exigirá una valoración no siempre fácil en relación con determinadas normas de conducta, en especial las contempladas en los números 5º y 6º del art. 83 C.P.

En cuanto a la posibilidad de abono de las obligaciones y deberes en la liquidación que se practique para ejecución de la pena suspendida, tras la revocación, consideramos que ello no sería posible, y ello porque aún teniendo en cuenta la amplitud con que el Código Penal regula esta materia (arts. 58 y 59), las reglas de conducta no pueden equipararse a las penas, a las medidas de seguridad o a las medidas cautelares y, porque por otra parte, su finalidad es eminentemente rehabilitadora y responde a un previo "voto de confianza" que evita el ingreso en prisión, por lo que en caso de quebrantamiento de esa confianza, por comisión de nuevo delito o incumplimiento de las reglas de conducta impuestas, razones de justicia parecen rebelarse frente al abono de las mismas a la pena que ha de ejecutarse.

La revocación implica pues el ingreso en prisión y, como indica el art. 86.3 C.P. no se devuelve, ni se compensa lo que el condenado hubiere realizado conforme al acuerdo de mediación, únicamente serán compensados los días de trabajos en beneficio de la comunidad, o las cuotas multas satisfechas conforme a los arts. 84.1,2ª y 3ª C.P. En estos casos el secretario judicial deberá practicar la correspondiente liquidación de condena, abonando estos días "trabajados" o "pagados".

3. Delitos relacionados con la violencia de género.

En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, establecía el anterior apartado 3º, del art. 84 que “*el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª, 2.ª y 5.ª del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena*”. Apartado este que fue redactado por el artículo 34 de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y cuya finalidad es lograr una mayor protección a la víctima de este tipo de delitos.

La reciente reforma ha supuesto un cambio legislativo, por cuanto no se recoge ninguna norma expresa o excepcional cuando se incumplan las medidas impuestas en los delitos relacionados con la violencia de género.

viii) Ignorado paradero del condenado al notificarle el auto de suspensión.

Antes de finalizar este apartado referido a la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena, haremos referencia a una cuestión que se plantea habitualmente en la práctica de los juzgados: qué ocurre cuando el condenado no es hallado para notificarle el auto de suspensión, y ello porque muchos condenados de forma deliberada o negligente no comunican al juzgado el cambio de domicilio a fin de no ser hallados por este cuando se le va a notificar alguna resolución.

La solución de muchos juzgados es la de castigar al condenado con la revocación del beneficio, porque se considera que la situación de ignorado paradero es una situación imputable al propio condenado, por lo que el colocarse en dicha situación se considera que el mismo se ha sustraído a la acción de la justicia, al no estar a disposición judicial, lo que le hace no ser merecedor de dicho beneficio, por lo que siendo la suspensión una excepción a la ejecución y cumplimiento de la pena, quien se coloca en situación de no ser notificado no puede ser merecedor de beneficio alguno ¹⁴⁸.

¹⁴⁸ AAP Jaén, Sección 1ª, de 17 de octubre de 2012, que confirma el auto revocatorio del beneficio de la suspensión de la pena acordada en virtud de la resolución de 27.8.12 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Jaén.

Otros juzgados por el contrario, para evitar tan drástica o desproporcionada solución, lo que hacen es ordenar la localización y paradero del condenado, e incluso decretar su detención para poder notificarle esta resolución. Sea la solución por la que se opte, lo evidente es que debería ser unitaria para no afectar al principio de seguridad jurídica, por lo que el legislador debería haber aprovechado esta reciente reforma para establecer claramente qué hacer en estos supuestos.

c) **Suspensión extraordinaria por adiciones (art. 80.1 C.P.)**

El contenido del antiguo art. 80.7 C.P.¹⁴⁹, se recoge ahora en el art. 80.5 que indica que *“Aun cuando no concurran las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se*

¹⁴⁹ El art. 87 establecía que: *“1. Aun cuando no concurran las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el artículo 81, el juez o tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. El juez o tribunal solicitará en todo caso informe del Médico forense sobre los extremos anteriores.*

2. En el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.

3. “la suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años”.

4. En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al juez o tribunal sentenciador, en los plazos que señale, y nunca con una periodicidad superior al año, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización.

5. El juez o tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas.

Transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años”.

encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación”.

Requisitos y criterios de concesión.

De entre los requisitos generales se suprime el relativo a la primariedad delictiva del art. 80.2.1º, elevándose el ámbito objetivo de aplicación previsto en el art. 80.2.2º a penas privativas de libertad no superiores a cinco años. Por lo que podrá acceder a este beneficio, un condenado que ya ha sido sentenciado con anterioridad, y por tanto ya no sea delincuente primario, y un condenado que supere el límite fijado de dos años con carácter general, pero que no supere los cinco años, ya sea en pena aislada o la suma de varias penas, por lo que la reincidencia delictiva no es obstáculo para no otorgar este beneficio.

Con este supuesto se pretende otorgar relevancia a la intoxicación por drogas tóxicas, al síndrome de abstinencia y a la drogodependencia grave y se establece como requisito para la concesión del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, el de comisión del hecho delictivo a causa de la dependencia del sujeto respecto de las sustancias señaladas en el nº 2 del art. 20, esto es, al estado de intoxicación plena del sujeto por el consumo, no sólo de drogas tóxicas, sino también de alcohol, estupefacientes o sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, abriendo, con esta última expresión, las posibilidades de aplicación del precepto a sustancias no contenidas en la normativa internacional o interna sobre la materia, así como al supuesto de que el sujeto se halle bajo la influencia del síndrome de abstinencia a causa de la dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

En cuanto a si la acreditación de este extremo de la adicción del individuo debe aparecer en la sentencia o puede apreciarse posteriormente en la fase de ejecución, podríamos indicar que al no establecerse como requisito¹⁵⁰ la consignación en sentencia de la situación de drogodependencia y su condición de motivo de la comisión del hecho enjuiciado, no sería posible la aplicación del art. 80.5 C.P. en supuestos en que tal situación se descubra con posterioridad, pero en la práctica de los tribunales y en base a un criterio interpretativo favorable al reo, lo cierto es que no hay obstáculo para apreciar este requisito aunque formalmente no conste en la sentencia que lo condenó, debiendo entonces aludirse en el auto en el que se resuelva sobre la concesión o no del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, tanto a la situación de dependencia, como a su relación de causa a efecto con el hecho delictivo cometido, siempre y cuando quede acreditado que en el momento en que sucedieron los hechos por los hechos que ha sido ahora condenado, fuera altamente probable que el sujeto estuviese bajo los efectos de una sustancia o del alcohol.¹⁵¹

El citado precepto exige como condición de otorgamiento la certificación suficiente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión, por lo tanto no se cumplirá este requisito cuando el sujeto diga que se someterá, sin fijación de un plazo, a un tratamiento de deshabitación.

La reforma de la novedad está en la supresión de la necesidad de acudir al médico forense para que informará sobre tales extremos, y ahora el juez o tribunal podrá acudir a él, pero de forma potestativa, lo que seguro redundará en la agilización del trámite de la suspensión, pues en la práctica, lo que el médico forense venía a decir era lo que ya se

¹⁵⁰ A diferencia de lo preceptuado en el art. 93 bis) C.P. de 1973, que exigía que se declarara en la sentencia la situación de drogodependencia del sujeto, así como que la conducta delictiva fue realizada por motivos de tal situación.

¹⁵¹ Este sería el supuesto del condenado a diferentes penas en diferentes procedimientos en los que se le ha venido apreciando la atenuante de drogadicción o alcoholemia, por hechos cometidos en fechas muy próximas, por lo que si en la sentencia en cuestión, por la causa que fuera, no se le apreció tal atenuante, cuando el hecho se cometió en fechas cercanas, es lógico que se entienda que cuando cometió ese hecho también estaba bajo la influencia de sustancias psicotrópicas o del alcohol, por lo que el no haberse recogido tal circunstancia en la sentencia no es óbice, para que en la fase de ejecución se aprecie esta a través del correspondiente auto. AAP Guipúzcoa, Sección 1ª, 372/11, de 13 de septiembre (rec, 1093/2011)

indicaba en el certificado del centro público o privado donde el sujeto había sido o estaba siendo tratado.

Al igual que establecía el anterior art. 87.3 C.P., indica ahora el art. 81 apartado segundo, que en el caso de que la suspensión hubiera sido acordada de conformidad con lo dispuesto en el apartado número 5 del artículo anterior, el plazo de suspensión será de tres a cinco años.

Como se puede observar en relación al supuesto general de la suspensión (art. 80.2 C.P.), el plazo de suspensión en este supuesto ve ampliado su mínimo, que será de tres años, frente al de dos años del supuesto general, manteniéndose el máximo de cinco años. Esta ampliación del plazo mínimo tiene un doble sentido: por una parte, se trata por una parte de compensar las condiciones más favorables que se introducen respecto del régimen general (máximo superior de pena susceptible de suspensión, no exigencia de primariedad), y por otra, se trata de facilitar la plena rehabilitación del toxicómano, que puede requerir un tratamiento prolongado.

El apartado 4 del art. 87, condicionaba también la suspensión de la ejecución de la pena, cuando el condenado se hallaba sometido a tratamiento de deshabituación, al no abandono de dicho tratamiento hasta su finalización, estando los centros o servicios responsables del tratamiento obligados a facilitar al juez o tribunal sentenciador, en los plazos que señale, y nunca con una periodicidad superior al año, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización.

Con la nueva redacción del precepto, y aunque se suprime la referencia de la obligación de los centros de facilitar al juez la información sobre la evolución del tratamiento del sujeto, consideramos que ello no quiere decir que el juez o tribunal no se la pueda exigir, máxime cuando se indica en el nuevo art. 81.5 C.P. , que el juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los requisitos que permiten otorgar este beneficio al reo.

Por otra parte, aunque parezca que este precepto no establece un plazo taxativo de suspensión, imponiéndole al reo la condición hasta la finalización del tratamiento, por razones de proporcionalidad y de seguridad jurídica, es evidente que no es posible someter al penado a un plazo de suspensión indeterminado, por lo que deberá estarse a

los plazos máximos señalados (hasta cinco años), pese a la literalidad del precepto, con la prórroga de dos años establecida en el anterior apartado quinto, párrafo segundo del art. 87, ahora recogida en el art. 87.2 C.P., por lo que el legislador no exige que el condenado logre finalmente y en todo caso la rehabilitarse, sino lo que está obligado es a seguir el tratamiento fijado por el centro o servicio responsable, estableciéndose como novedad en la reciente reforma, que “ *no se entenderán abandono, las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación*”.

En cuanto a la posibilidad de la aplicación de las medidas recogidas en el art. 83 y 84 C.P., consideramos que, siempre que la pena sea de prisión, no debe existir obstáculo alguno para su imposición, medidas algunas de ellas que se revelan como especialmente indicadas en casos de toxicómanos o alcohólicos rehabilitados. Y ello porque el art. 81.5 establece que la suspensión quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo que se señale y, en caso de sumisión a tratamiento, también al no abandono del mismo, sin que esto signifique excluir la aplicación del art. 83 ni, consecuentemente, del art. 84 C.P.

Establece el actual art. 87.1º que “*transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena*”

Añadiendo el apartado segundo (como ya lo hacia el anterior art. 87.5, apartado segundo) que “*No obstante, para acordar la remisión de la pena que hubiera sido suspendida conforme al apartado 5 del art. 80, deberá acreditarse la deshabitación o la continuidad del tratamiento. De lo contrario, el juez o tribunal ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años*”.

Así pues, transcurrido el plazo de suspensión, el juez o tribunal sentenciador deberá comprobar:

- 1) que el reo no haya delinquido durante dicho plazo, dándose aquí por reproducidas las consideraciones expuestas a propósito del supuesto general;
- 2) si está deshabitado o, al menos, si continúa en tratamiento.

Si ha cumplido ambas condiciones, bien entendido que la segunda se desdobra en dos posibilidades, acordará la remisión de la pena.

En el caso de que incumpla la segunda condición, es decir cuando, no estando deshabitado, haya abandonado el tratamiento, cabe la posibilidad de concesión razonada de una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años, oídos los informes correspondientes.

La redacción del actual art. 87.2C.P. plantea algunas dudas -al igual que lo hacía apartado 5º del art. 87 C.P.- y ello porque literalmente, la expresión "*de lo contrario*" puede referirse no sólo a la continuidad del tratamiento o a la deshabitación, sino también a la no comisión de nuevo delito, aunque gramatical y semánticamente pueda sostenerse como más razonable la interpretación que limita la referencia al segundo inciso, esto es, a la continuidad del tratamiento del reo. Tampoco nos parece muy acertado justificar la prórroga del plazo de suspensión por la estimación de necesidad en la continuación del tratamiento, porque si no se ha producido la deshabitación, siempre será necesaria la continuación de aquél; cuestión distinta será la valoración que se haga de la actitud del sujeto hacia el tratamiento y, en consecuencia, de la oportunidad de conceder una nueva oportunidad al reo que ha hecho un mal uso de la ya concedida.

En todo caso, los informes correspondientes de que hace mención el precepto (que serán no sólo los que facilite el Centro sino otros que se estimen pertinentes y solicite el juez o tribunal, como pueden ser los interesados al Médico Forense), no deberán limitarse a constatar que el sujeto necesita tratamiento por no haberse deshabitado, sino también a valorar la disposición de aquél para reanudar el tratamiento abandonado y acomodarse a sus exigencias.

Para finalizar diremos que el anterior inciso segundo del apartado 5º del art. 87 C.P. - ahora el art. 87.1 C.P.- se refiere a una comprobación realizada al finalizar el plazo, pero no a las consecuencias del abandono del tratamiento constatado antes de la expiración del plazo. En tal caso entendíamos que el inciso primero permitía una

revocación anticipada de la suspensión por incumplimiento de una condición impuesta, por lo que en este supuesto era preferible adelantar los informes correspondientes para que el tribunal sentenciador se pronunciara sobre la procedencia de la revocación anticipada o la continuación del tratamiento sin esperar a que transcurriera el plazo de la suspensión y decidir entonces sobre la revocación, la remisión o la prórroga, lo que ahora parece menos probable si tenemos en cuenta que ahora expresamente recoge ahora el legislador, que las recaídas en el tratamiento no se entenderán por sí mismas como un abandono del mismo.

d) Suspensión extraordinaria por grave enfermedad (art. 80.4 C.P.)

En cuanto al tercero de los supuestos de la suspensión de la ejecución de la pena, dispone el actual art. 80.4 C.P. (con la misma redacción del anterior art. 80.4, por lo que nada ha variado el precepto) que: *“los jueces y tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo”*.

En este supuesto, de los requisitos examinados en relación con el supuesto general, queda excluido el de primariedad delictiva con la expresión "sin sujeción a requisito alguno", por lo que los requisitos básicos de concesión de esta suspensión extraordinaria son:

- i) que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables;
- ii) que *en el momento de la comisión del delito no tuviera ya una pena suspendida por el mismo motivo.*

Ambos requisitos han de entenderse como acumulativos, como así lo indica el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1ª, de 9 de octubre de 2006 (rec. 1350/2006).

Comenzando por el último de los citados, diremos que es evidente la intención de no otorgar una absoluta impunidad a estos enfermos. No obstante, la limitación se refiere a la fecha de comisión del delito cuya pena se trata de suspender: sólo en el caso

de que se haya cometido durante el plazo de suspensión concedida por igual motivo, existirá obstáculo para una nueva concesión y no cuando, aun habiendo disfrutado de ese beneficio con anterioridad, hubiera transcurrido el plazo señalado cuando se cometió el nuevo delito, tanto si ya se ha procedido a la cancelación de los antecedentes penales, como si no ha sido así y ha transcurrido el plazo pero todavía no existe pronunciamiento expreso sobre la remisión (aunque, en tal caso, será conveniente solicitar testimonio de ejecutoria), o incluso cuando se revocó la suspensión por otro delito cometido en plazo y el nuevo cuya pena se trata ahora de suspender es posterior a la revocación (pues, en tal caso, en el momento de comisión no estaría suspendida la pena que podría haber sido ya cumplida).

En definitiva, no se trata de vedar en todo caso que un sujeto se beneficie en más de una ocasión de la aplicación de esta suspensión extraordinaria, sino de prohibir su nueva concesión cuando ya se ha "quebrantado", con el delito cuya pena se pretende suspender, otra suspensión extraordinaria. Dándose tal circunstancia, además, el nuevo delito en cuestión será causa de revocación de la previamente concedida y deberán ejecutarse las penas correspondientes, las suspendidas por revocación y las correspondientes al nuevo delito, por denegación del beneficio, siempre que la segunda sentencia sea anterior a la remisión definitiva de la primera condena.

En cuanto al requisito esencial de *enfermedad muy grave con padecimientos incurables*, han de combinarse ambos criterios, de tal forma que los padecimientos han de ser incurables y la enfermedad muy grave, pues puede tratarse de una enfermedad muy grave, pero los padecimientos que esta ocasione no ser incurables (ejemplo una tuberculosis pulmonar), debiendo quizás exigirse en este caso que la enfermedad haya entrado en su último período o fase terminal.

Así mismo, pese a la referencia legal a la posibilidad de suspender "cualquier pena impuesta", consideramos que una interpretación sistemática, acorde con la naturaleza de la suspensión y los fines perseguidos en general por ella y en particular por este supuesto extraordinario, obliga a exigir que se trate de pena privativa de libertad, con independencia de su duración, sin que la misma pueda alcanzar también a las penas accesorias.

En cuanto a los criterios de concesión en este supuesto extraordinario es, como en los demás, discrecional. Sin embargo, habrán de extremarse las cautelas para evitar una vulneración del derecho constitucional a la integridad física y a la vida, por lo que, en ocasiones, deberá relegarse el criterio de la peligrosidad del sujeto, lo que puede resultar arriesgado cuando se demostrara la extrema peligrosidad del reo, casos estos en los cuales, quizás pudiera ver denegada razonablemente su petición de suspensión si se demostrara la misma.

En relación a los efectos de la suspensión, al no existir norma expresa al respecto, deben ser de aplicación los plazos generales de suspensión previstos en el art. 81 C.P.

Asimismo, parece razonable extender la posibilidad de aplicar el art. 83 para garantizar, por ejemplo, que el penado enfermo se abstenga de acudir a determinados lugares o que comparezca, mientras su estado lo permita, a Centros Sanitarios cuyos informes permitan seguir la evolución de su enfermedad, y aunque razones de humanidad permitan prescindir de la mayor parte de los requisitos de la suspensión, no por ello debe negarse todo contenido preventivo a este beneficio.

Esta suspensión extraordinaria producirá, por lo demás, los mismos efectos en el supuesto general.

En lo relativo a la revocación de la suspensión, puesto que el art. 80.4 C.P. exceptúa tan sólo del régimen general los requisitos de concesión, han de entenderse aplicables las causas de revocación previstas para el supuesto general y no sólo la comisión de nuevo delito en el plazo señalado, sino también la contemplada en el art. 86 C.P. siempre que, como en cualquier otro caso, se demuestre que se trata de un incumplimiento malicioso, no imputable al propio estado de salud del penado y reiterado.

e) La sustitución de las penas privativas de libertad.

i) Criterios de concesión.

Como ya hemos indicado, la L.O. 1/2015 ha derogado el sistema de sustitución ordinario previsto en el art. 88 C.P., dejando a dicho precepto sin contenido, pero ello no significa que la sustitución haya desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico, como así lo indica el propio Preámbulo de la Ley al indicar que “ (...) *el*

tradicional régimen de sustitución de la pena pasa a ser regulado como una modalidad de suspensión en la que el juez o tribunal pueden acordar la imposición (como sustitutivo) de una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad”.

Al concebir la sustitución de la pena como una modalidad de la suspensión de la ejecución de la misma, lo que trata de evitar el legislador es que el condenado esté continuamente solicitando no entrar en prisión, ya sea por la concesión de la suspensión, o por la concesión de la sustitución, y así se afirma en el Preámbulo de la L.O. 1 /2015, que “ *al tiempo se pone fin a la situación actual en la que la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión en caso de delinquentes drogadictos y sustitución de la pena) da lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que son objeto de reiterados recursos, Se mantienen los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de suspensión, De este modo se asegura que los jueces y tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas. “*

Y así se recoge la sustitución de la pena en el art. 80.3 C.P. al indicar el precepto que “ *3.Excepcionalmente, aunque no concurran las condiciones 1.ª y 2.ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.*

En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1.ª del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2.ª o 3.ª del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta”.

Por lo tanto ahora la sustitución aparece como un supuesto excepcional de la suspensión de la ejecución de la pena, por cuanto se va a aplicar a quienes no sean

delinquentes primarios y/o tengan penas que sumadas superen los dos años, aunque con dos matizaciones: en ningún caso el sujeto puede ser reo habitual, o la pena individualmente no puede exceder de dos años (por lo tanto, sumadas sí pueden exceder de dos años, pero no individualmente)¹⁵².

Como una modalidad de la suspensión, la sustitución de la pena es una potestad del juez o tribunal y los criterios a tener en cuenta por estos en el momento de su concesión o no, son valorativos, dado que tanto la sustitución de las penas privativas de libertad, como la suspensión de la ejecución de la pena es un privilegio que se debe conceder a los penados cuyas circunstancias personales, conducta, la naturaleza del hecho delictivo cometido por los mismos y el esfuerzo por reparar el daño causado, aconseja en pro de una mayor y más rápida reinserción social, su no ingreso en prisión, por lo que el juez o tribunal deberá motivar y argumentar claramente en su resolución porque se otorga o deniega tal beneficio¹⁵³.

En el momento de la aplicación de la sustitución de la pena habrá que acudir al contenido del apartado tercero del art. 80 y art. 84 C.P.

Y así, sólo podrá acceder a este beneficio el condenado a una pena que individualmente no sobrepase los dos años de prisión y no sea reo habitual, aunque siempre supeditada a la reparación efectiva del daño, conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al grado de cumplimiento del acuerdo de mediación. Con ello el legislador busca favorecer a la víctima al exigir al condenado el pago de la responsabilidad civil o una forma similar de reparación.

Una vez superados estos requisitos podrá el condenado acceder a la suspensión, pero supeditándolo a una sustitución de la pena de prisión, por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. En cuanto a los criterios de conversión, cada día de prisión podrá sustituirse por un día de trabajos en beneficio de la comunidad, y cada día de prisión podrá sustituirse por dos cuotas de multa (al igual que establecía el derogado art. 88 C.P.). En cuanto a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, siempre se tendrá que contar con la conformidad del penado.

¹⁵² Por ejemplo un sujeto condenado por dos delitos a la pena de un año y seis meses, por cada uno de ellos, no podrá acceder a la suspensión ordinaria, pero si a esta modalidad de suspensión-sustitución.

¹⁵³ Auto A.P. Castellón, Sección 2ª, de 20 de mayo de 2013 (rec. 244/2013)

La novedad de la reforma se fija en el establecimiento de un límite máximo y uno mínimo, tanto para la pena de multa, como para la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, al preceptuar el art. 80.3 C.P. , que la extensión de la pena sustituida no podrá ser inferior a un quinto de la pena impuesta, e indicar el art. 84, en su apartado segundo y tercero, referidos respectivamente a la sustitución por multa o por trabajos, que en ningún caso la pena sustituida, ya sea por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, podrá sobrepasar los dos tercios de su duración¹⁵⁴.

Así mismo se ha suprimido la posibilidad de sustituir la pena de prisión por localización permanente, la cual fue introducida por la L.O. 5/2010 como alternativa a la prisión en aquellos supuestos en que la misma no excediera de seis meses, la cual planteaba bastantes problemas en su ejecución y en el momento de su supervisión.

En los supuestos de violencia doméstica y contra la mujer, el legislador ha previsto ahora la posibilidad de la sustitución de la pena de prisión por multa (cosa que no era posible con anterioridad a la reciente reforma, pues solo se podía sustituir la pena por TBC o localización permanente, si la pena no superaba los seis meses) siempre y cuando no existan relaciones económicas entre la víctima y el agresor (art. 84, apartado segundo), por lo que no podrá imponerse esta sustitución cuando el condenado tenga que satisfacer una pensión compensatoria a la víctima, o una pensión de alimentos a los hijos comunes, o no se haya liquidado el régimen económico matrimonial, o el condenado haya asumido el pago de determinadas obligaciones económicas que puedan afectar a la víctima, como es el pago de la hipoteca del inmueble donde habite esta¹⁵⁵.

Por otro lado la reforma ha suprimido la obligación que se establecía en la anterior art. 86.6 apartado segundo, de imponer al condenado por los delitos de violencia de género, las condiciones previstas en las reglas 1ª, 2ª y 5ª de dicho artículo, prohibición de acudir a determinados lugares, aproximación y comunicación, así como la obligación de someterse a un programa específico de reeducación y tratamiento psicológico.

¹⁵⁴ Por ejemplo si a un sujeto se le imponen dos penas de 18 meses de prisión, podrán ser sustituidas por TBC o multa, pero teniendo en cuenta que en ningún caso podrá sobrepasar los 12 meses de TBC o los 24 meses de multa por cada pena, y como límite mínimo sería, 108 días de TBC o 216 días de multa, por cada pena.

¹⁵⁵ Fernández Aparicio, J.M. Ob. Cit.

El incumplimiento de la pena sustituida (TBC o multa) determinará la revocación del beneficio, pero deberán abonarse al penado los pagos ya realizados o las jornadas de trabajos para la comunidad cumplidas, por lo que el secretario deberá realizar una nueva liquidación de condena (art. 86.3 C.P.).

Pues bien, dicho esto, nos planteamos lo siguiente: la sustitución normalmente opera por la pena de multa o la de trabajos en beneficio de la comunidad. Pero lo que son penas por sí mismas, y tenían por sí una eficacia extintiva ahora se han convertido en reglas de conducta de una suspensión, es decir, con anterioridad, si el condenado pagaba la multa ya había cumplido la pena; y si realizaba los trabajos en beneficio de la comunidad, ya había cumplido también. Pero con la nueva regulación ¿Qué sentido tiene que a una persona que ha abonado la multa o cumplido los trabajos en beneficio de la comunidad impuestos, se le siga diciendo que tiene que estar tres años en una suspensión condicional ?.

Una cuestión que se planteaba con anterioridad a la reforma y que no ha sido resuelta por esta, es si el cumplimiento de la pena sustituida, además de acarrear la revocación del beneficio concedido, suponía la comisión de un delito de quebrantamiento de condena. Nada decía a este respecto el art. 88 y nada dice la L.O. 1/2015, en su art. 86 C.P., por lo que entendemos que la única consecuencia que puede derivarse es la revocación del beneficio, con el descuento de los días de multa abonadas, o los días de trabajo cumplidos.

Antes de acabar este apartado haremos una breve referencia a la introducción en el artículo 84.1C.P. de la mediación, como un mecanismo adicional a la suspensión condicional. Y si ello nos parece positivo, consideramos que hubiera sido acertado ir más allá, e introducir la figura de la mediación en el ámbito de la fase de instrucción, en el ámbito de la fase de enjuiciamiento, y no solo en la fase de la ejecución de la pena, como lo ha hecho la reforma, por cuanto los jueces y tribunales necesitan una ley procesal que regule la mediación, desde el momento de la comisión del delito hasta la ejecución final, pues puede ayudar muy bien en aquellos casos de éxito de la misma, a auto responsabilizar al autor de lo que ha hecho, del daño que ha causado, y ayudaría sobre todo -nunca deberíamos olvidarlo- a que la víctima se sintiera escuchada, y no tuviera la sensación de no ser sólo un medio de prueba – generalmente una prueba de cargo del Ministerio Fiscal- a la que citan para el acto del juicio a fin de que

comparezca como testigo directo del delito, le preguntan qué sabe, qué vio y qué es lo que paso y luego se olvidan de ella, por lo que consideramos que la víctima tiene derecho, más que a resultado de su declaración pueda el juez o tribunal aumentar la pena del culpable, a que se sienta escuchada en el proceso.

ii) Sustitución de la responsabilidad personal subsidiaria. Sustitución del art. 71.2 C.P.

La libertad condicional como supuesto de suspensión parcial.

Para acabar este apartado, y antes de centrar el estudio en el único supuesto de sustitución de la pena que sigue contemplando el Código Penal con sustantividad propia, dentro de la suspensión de la ejecución, esto es la sustitución de la pena de prisión por la expulsión de nuestro país, cuando se trate de un ciudadano extranjero, tan solo haremos referencia a otros dos supuestos de sustitución: la sustitución de la responsabilidad personal subsidiaria y la sustitución del art. 71.2 C.P.

Respecto a la sustitución de la responsabilidad personal subsidiaria establece el art. 53 C.P. que si el condenado no satisficere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria, que tratándose de delitos leves (antiguas faltas) podrá cumplirse mediante localización permanente.

En los demás casos podrá cumplirse como TBC, previa conformidad del penado ¹⁵⁶.

En cuanto a la sustitución del art. 71.2 C.P., hay que indicar que si al final la pena que resulta impuesta al reo, es de una duración inferior a tres meses de prisión, esta tiene que ser obligatoriamente sustituida por la pena de multa o de TBC o por localización permanente, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, redacción esta del precepto que coincide básicamente con el anterior texto; la única modificación que se ha efectuado es eliminar la remisión que se hacía anteriormente a las reglas de sustitución previstas en la sección segunda del capítulo tercero de este libro, que como hemos estudiado, se han visto alteradas por la reforma.

¹⁵⁶ Ejemplo de un condenado al que se le ha impuesto una pena de multa que no ha abonado, Si este sujeto tiene antecedentes penales, e incluso, si es reo habitual, resulta evidente que no debe suspenderse la responsabilidad personal. En este caso, para evitar la entrada en prisión no le quedaría más remedio que o bien pagar la multa , o bien acudir a cumplirla como TBC , siendo esta la última oportunidad que tiene el reo de evitar su entrada en prisión, porque si incumple los TBC, no quedaría más remedio que cumplir la responsabilidad personal subsidiaria como pena privativa de libertad en un centro penitenciario.

Por otro lado ahora ya no será posible la suspensión de la ejecución de estas penas, por cuanto la reforma introducida por la L.O. 1/2015 ha suprimido la referencia a la suspensión de la ejecución de la pena¹⁵⁷.

El nuevo precepto, ante la derogación del art. 88 C.P., ha tenido que introducir unas reglas de conversión, de modo que un día de prisión equivale a dos cuotas de multa, un día de prisión equivale a un día de TBC y un día de prisión equivale a un día de localización permanente. Y aunque el precepto no ha previsto la necesidad de que el juez o tribunal oiga previamente al penado, es obvio que ello sea así, en primer lugar porque para imponerle la pena de TBC ha de recabar su consentimiento y en segundo lugar porque tendrá que ofrecerle las diferentes posibilidades que le otorga la ley en este supuesto.

En los casos de incumplimiento de la pena sustituida - y aunque la voluntad del legislador es que el reo no ingrese en prisión, cuando resulte que la pena a imponer es inferior a tres meses- el efecto será el de que deberá cumplir la pena principal, eso sí, deduciéndose las cuotas de multa abonadas, o los días trabajados.

Para finalizar, tan solo apuntar que en relación a la libertad condicional (art. 90 C.P.), con la reciente reforma deja de ser una figura autónoma, y deja la actual naturaleza que tiene ahora de último grado penitenciario, concibiéndola el legislador como una modalidad de la suspensión condicional, y así pasa a ser una suspensión parcial, ya que a partir de ahora el periodo de libertad condicional, no se computará como tiempo de cumplimiento de condena, sino que el tiempo en que el condenado se encuentre fuera de prisión será un supuesto de suspensión de la ejecución de la pena, de tal modo que si el condenado hace buen uso de ella, se dará por cumplida la pena, pero si no es así, se procederá a la revocación de la misma, con el consiguiente reingreso en prisión del individuo, para cumplir la totalidad de la pena que se le había suspendido, y ello en cuanto a la remisión que se hace al art. 86 C.P., lo que nos parece excesivo, porque el tiempo de libertad condicional es un tiempo en el que se le han impuesto al penado una serie de reglas de conducta, que las ha observado y, mientras las ha observado, no considerarlo tiempo de cumplimiento podría no ser ajustado a Derecho, y ser contrario al derecho de reinserción de estos sujetos.

¹⁵⁷ Antes se permitía la sustitución o la suspensión, pues expresamente se decía “ *sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos que proceda*”

II.3 . Naturaleza jurídica.

Según lo expuesto vemos como la expulsión de extranjeros, conceptualizada como una salida coactiva del territorio nacional, acompañada de la prohibición temporal de entrada en él, además de ser la sanción administrativa de más frecuente aplicación en relación con las conductas de inmigración ilegal para múltiples supuestos, se convirtió en una medida de carácter penal a partir de la Ley de Extranjería de 1985 y se incluyó, posteriormente, en el Código Penal de 1995.

En cuanto a la razón de ser de esta medida, hay opiniones que la sitúan en la dificultad de reinserción que tienen los inmigrantes irregulares por carecer de arraigo en España. Lo que consideramos no puede en manera alguna ser justificado, porque ello sería desconocer que el principio de reinserción no puede ceder ante la ideología de la segregación, lo que supondría situarse contra el orden constitucional¹⁵⁸. Otras la justifican en su instrumentalización de cara a seleccionar la inmigración. Pero las dos corrientes mayoritarias son, por una parte, aquella que responde a una opción político-criminal en la que prima una política de extranjería que quiere evitar, que puedan permanecer en España o regresar a este país quienes no reúnen los requisitos legalmente previstos para residir legalmente en él, e invocando razones de prevención general para defender esta medida, argumentando que lo que pretende la misma es evitar que el cumplimiento de la pena sirva para que un sujeto se mantenga en el territorio español. Tampoco esta argumentación se sostiene, fundamentalmente por el hecho de que la comisión de un delito puede implicar siempre, la aplicación de la medida administrativa de expulsión, cuando se termine de cumplir la pena¹⁵⁹.

Finalmente existe otra corriente mayoritaria que apela más a razones de política penitenciaria y que parece estar destinada a ofrecer un instrumento a las Instituciones Penitenciarias para reducir la alta población extranjera en las prisiones españolas¹⁶⁰ y

¹⁵⁸ TERRADILLOS BASOCO, J. M^a : “Extranjería, inmigración y sistema penal, en Rodríguez Mesa, M^a. J. y Ruiz Rodríguez, L. R. (coords.), *Inmigración y sistema penal*, Valencia, 2006.

¹⁵⁹ CANCIO MELIÀ, N. y MARAVER GÓMEZ, M.: “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal, en Bacigalupo, S y Cancio Melià., M. (coords.) *Derecho Penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005.

¹⁶⁰ LAURENZO COPELLO, P. “Últimas reformas en el Derecho Penal de extranjeros. Un nuevo paso en política de extranjería”, en *Jueces para la democracia*, N°50, 2004.

desmasificar los centros penitenciarios¹⁶¹, que a razones de política criminal orientada a la consecución de un efecto preventivo general, pues a fecha de diciembre de 2014, de los 65,017 personas que componían la población reclusa en nuestro país, 19.697 eran extranjeros¹⁶², lo que pone en evidencia la gran incidencia que dentro del sistema penitenciario español tiene en este momento el fenómeno de la extranjería, que da lugar a importantes reflexiones acerca de cómo se relaciona el derecho penal y penitenciario con la normativa en la que se regula la extranjería, y en qué medida se está produciendo la reeducación y reinserción social de los penados extranjeros que se encuentran en las prisiones españolas, pero en todo caso consideramos que el elevado número de extranjeros en prisión no es causa suficiente para excluir de la sanción penal y de sus garantías a los inmigrantes ilegales como si se tratara de otra clase o categoría de condenados.

Pero la verdadera polémica se plantea en relación a la verdadera naturaleza jurídica de la expulsión sustitutiva, pues la misma no sólo ha generado dudas, críticas y confusiones en la doctrina a raíz de su inclusión en el Código Penal, como se expondrá, sino que las mismas ya se venían vertiendo durante la vigencia de la L.O. 7/1985, pues incluso en la Consulta 5/1987, de 18 noviembre de la Fiscalía General del Estado se refería a la expulsión sustitutiva como “*esta especie de pena de extrañamiento*”, al pensar quizás que la misma podría tener su precedente en el art. 86 del Código Penal de 1973.

A lo que algún autor¹⁶³ ha indicado que en esta pena de extrañamiento, lo que verdaderamente la diferencia de la regulada en el citado código penal, no es tanto la pena de la expulsión del territorio español, sino la prohibición de regresar al país por un determinado lapso de tiempo, y la privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, señalando que la expulsión es el medio de ejecución de la verdadera pena, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por lo que comparando ambas figuras, los efectos de la expulsión “son similares

¹⁶¹ PAZ RUBIO, J.M. Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional”. La Ley Penal, nº 10, noviembre 2004.

¹⁶² Datos obtenidos en www.institucionpenitenciaria.es

¹⁶³ IZQUIERDO ESCUDERO, F. J. “Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal: comentario al auto del Tribunal Constitucional 106/1997, de 17 de abril”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 5 (1997).

aunque multiplicados en su dimensión” a esa pena de extrañamiento, y ello porque la consecuencia de la expulsión no es sólo la salida del territorio español, sino también del denominado espacio Schengen y la prohibición de ingresar en el mismo¹⁶⁴. Es por esto, que la amplitud del espacio en el que rige la prohibición de entrada no se ajusta los estrechos límites de la prohibición de residir o acudir a determinados lugares, como establecía la pena de extrañamiento, que exigía una mayor concreción de los espacios a los que se restringía el acceso y que generalmente estaban relacionados con la comisión del delito, la residencia de las víctimas o testigos, o con condiciones o circunstancias favorables a una nueva actuación delictiva del condenado.

Así dicen algunos autores¹⁶⁵ que cuando se habla de “sustitución” de la pena, se está evocando una corriente crítica respecto de las penas privativas de libertad, fundamentalmente en lo que se refiere a las penas cortas, pues por su efímera duración no desempeñan función alguna, ni de prevención general, ni de prevención especial, ni resocializan al individuo, y muchas veces no llegan ni siquiera a ejecutarse, siendo diversas las opiniones de los autores respecto a su naturaleza.

Algún que otro sector doctrinal, afirma que más que un supuesto de sustitución de la pena, este supone una dejación de los poderes del Estado de la potestad de ejecutar determinadas penas de prisión impuestas por delito, por razones de oportunidad política, ya que tal medida no puede justificarse desde objetivos de prevención general, ni especial¹⁶⁶

Otros autores¹⁶⁷ opinan que la sustitución de las penas privativas de libertad, en este caso la expulsión sustitutiva, no son estrictamente auténticos sustitutivos, sino que en lugar de sustituir las penas privativas de libertad, lo que hacen es desempeñar una función suspensiva de la ejecución de la pena, por lo que su estudio no estaría tanto dentro de la sustitución de la pena, sino más bien debería encuadrarse dentro de la

¹⁶⁴ La Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, establece el reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

¹⁶⁵ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T. Derecho Penal. Parte General, 5ª Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1999.

¹⁶⁶ LOPEZ LORENZO, V. “La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código penal” Revista de Derecho penal procesal y penitenciario, La Ley, nº 9, octubre 2004.

¹⁶⁷ COBO DEL ROSAL, M y VIVES ANTON, T. Ob. Cit.

suspensión de la ejecución de la misma, y máxime ahora que con la reciente reforma 1/2015, de 30 de marzo, se instaura un sistema unitario de suspensión integrado por las dos figuras tradicionales, la suspensión de la ejecución y la sustitución de las penas privativas de libertad.

En este sentido se argumenta que, al igual que en la suspensión, en los supuestos del artículo 89 se deja la ejecución de la pena en suspenso con la única condición de que el penado no regrese a nuestro país en un tiempo determinado, pues de lo contrario deberá cumplir la pena que en su momento se dejó de aplicar. De todas formas no debe olvidarse que la condición esencial en la suspensión es la prohibición de delinquir durante un plazo determinado, mientras que aquí la única condición es que el extranjero no regrese a nuestro país antes de lo establecido, pues la consecuencia de ello será el cumplimiento de la pena que le fue sustituida. Consecuencia esta que, como se estudiará, la reciente reforma del Código Penal atenúa otorgando al juez o tribunal una posibilidad excepcional de *“reducir 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 que se haya producido su incumplimiento”* (art. 89.7). Ya tendremos ocasión de exponer más adelante como esto puede afectar al principio non bis in idem.

Otros autores¹⁶⁸ consideran que estamos ante una combinación de suspensión de la pena y aplicación de la medida de seguridad de expulsión del territorio español.

Algún sector doctrinal¹⁶⁹ opina que la naturaleza de la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión del extranjero penado en situación ilegal, es una forma de expulsión, por mucho que gramaticalmente sustituya a aquella, máxime cuando el Código Penal no contiene en el capítulo dedicado a las penas y sus clases, y en la enumeración efectuada en el artículo 33, ninguna referencia a la expulsión del territorio nacional, aunque si aparece ésta entre las medidas de seguridad no privativas

¹⁶⁸ MAPELLI CAFFARENA, B. “El proyecto del Código Penal de 1994. “ Tomo I. Curso UIMP Valencia. Junio 1995.

¹⁶⁹ PERIS RIERA, J. y MADRID CONESA, F. “Comentarios al Código Penal” (dirigidos por COBO DEL ROSAL, MANUEL). Tomo III. Madrid. EDERSA 2000.

de libertad en el artículo 96 C.P., por lo que ha llegado a otorgársele una naturaleza híbrida entre la suspensión de la pena y la aplicación de una medida de seguridad.

Y en esta línea se indica¹⁷⁰ que la expulsión sustitutiva no puede configurarse como una pena, porque en primer lugar no se sustituye una pena por otra, pues la expulsión no se recoge en el catálogo del artículo 33 del Código Penal de 1995 como una pena, aunque la inclusión del artículo 89 en la Sección del Código dedicada a regular las formas de sustitución de las penas cortas privativas de libertad pudiera inducir a la consideración de que la expulsión es una especie de pena o sanción sustitutiva, y en segundo lugar porque de regresar el extranjero a nuestro país antes de lo establecido, deberá cumplir la pena a la que fue condenado, sin que se le descuente de su duración el tiempo transcurrido fuera de España, como así ocurre en el régimen de la sustitución¹⁷¹. Consecuencia esta que como hemos expuesto se ha limitado con la actual reforma, en la que se otorga al juez o tribunal la posibilidad de reducir su cumplimiento cuando concurren determinadas circunstancias (art. 89.7)

Pero tampoco podemos concluir que se trate de una medida de seguridad aunque así sea considerada por el Código Penal como una medida de seguridad no privativa de libertad, sólo aplicable a los extranjeros no residentes legalmente en España, al establecer el artículo 96.3.2.^a del citado texto legal que “*son medidas no privativas de libertad: la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España*”, y ello porque no es congruente con nuestro sistema penal, el cual fundamenta las medidas de seguridad en la peligrosidad criminal, siendo su objeto principal neutralizarla; así lo indica el artículo 6 del C.P. cuando expresa que las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. No obstante esto, como una medida de seguridad la definió el Tribunal Supremo en Sentencia 901/2004, de 8 de julio. Pero de todas formas, no se puede mantener que la expulsión sustitutiva sea una

¹⁷⁰ ARANGUEZ SANCHEZ, C. “Reformas introducidas en el Código Penal por la L.O. 8/2000. Comentario sistemático a la Ley de Extranjería.” Granada 2001.

¹⁷¹ No obstante, defiende que se tome en cuenta el período transcurrido fuera del territorio español, RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”. En Jueces para la democracia 1998. A tal efecto, siguiendo la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal, propone que cada día de prisión equivalga a tres días ausente y que un arresto de fin de semana se corresponda con seis días de ausencia.

medida de seguridad, porque como se ha visto, la misma se fundamenta en una finalidad distinta.

En cuanto a su duración, establece el art. 108.2 C.P., de forma taxativa, que el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de diez años, contados desde la fecha de su expulsión, sin que puedan tenerse en cuenta las circunstancias individuales de la persona afectada para graduar dicho periodo de tiempo, en contra de lo establecido en el art. 89.

Pero si bien, con anterioridad a la reforma del Código Penal operada por la L.O. 5/10 de 22 de junio, se estableció en diez años la prohibición de regreso del extranjero a España, diez años contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no hubiere prescrito la pena, sin atender a las circunstancias del sujeto, con la citada reforma de 2010 quedo fijado dicho plazo en un periodo de cinco a diez años contados desde la fecha de su expulsión, en el que se tendría que tener en cuenta a la hora de su graduación, la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. Redacción esta que se mantenido sin cambio alguno en la reciente reforma del Código Penal de 2015.

Por otro lado, en el supuesto de que el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente, con anterioridad a la reforma de 2010, ninguna relevancia penal tenía, pues, se daba lugar a la devolución o a la nueva expulsión en vía administrativa del territorio nacional (art. 89.3). Con la reforma llevada a cabo en el precitado art. 89, por la L.O. 5/2010 se contempló el cumplimiento de la pena sustituida en su totalidad, preceptuando la reforma de 2015 que ello será también así, salvo que excepcionalmente el juez reduzca su duración cuando concurren determinadas circunstancias (art. 89.7 C.P.). Esto no sucede en las medidas de seguridad propiamente dichas, en las que su incumplimiento determina la deducción de testimonio, por si dicha conducta pudiera constituir el delito de quebrantamiento tipificado en el artículo 468 del C.P.; por lo que no puede más que concluirse, que la expulsión de los extranjeros más bien se configura como la suspensión de la potestad jurisdiccional en su modalidad de hacer ejecutar lo juzgado, en aras de preservar otro fin del Estado relacionado con su política de extranjería.

También hay que señalar que pese a la inclusión de la expulsión como medida de seguridad en el artículo 95 C.P. citado, el mismo texto legal traiciona nuevamente sus principios cuando en su artículo 108 apunta a que no procede su imposición directa, sino que ha de imponerse en primer lugar la medida de seguridad en sentido estricto (por ejemplo el internamiento en un centro psiquiátrico) y a continuación acordar el sustitutivo, esto es, la expulsión.¹⁷²

En este sentido es interesante la STS de 23 de noviembre de 2006 cuando indica que *“la expulsión resulta totalmente anómala e incompatible con las posibilidades punitivas que se han adoptado por el legislador a través de la fórmula combinada de penas y medidas de seguridad. Incuestionablemente la expulsión no se considera por el legislador, ni como pena, ni como medida de seguridad, lo que la convierte en un cuerpo extraño en el esquema legalmente establecido para sancionar conductas delictivas.”*

Por su lado el Tribunal Constitucional en su Auto 106/1997 viene a señalar que la expulsión no persigue, a diferencia de otros sustitutivos de las penas cortas privativas de libertad, surtir efectos positivos en orden a la reeducación y reinserción social del extranjero en España, porque en rigor no es una pena, ni, dado su carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de finalidades preventivo-especiales que, desde luego, no están garantizadas por el simple regreso del penado a su país.

Así mismo es relevante y diferente el hecho de que la expulsión sea aceptada o solicitada por el acusado, o por el contrario sea rechazada por el mismo, pues puede convertirse en el primero de los casos en un beneficio consistente en eludir la pena de privación de libertad, en una suspensión condicional de la pena, cuya condición será la de no regresar al país que lo expulsa en un determinado plazo, o en una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros, y una mera retribución cuando tenga un componente aflictivo para el penado, como puede ser en el supuesto de que este venga de un país en guerra civil o de una precariedad o pobreza extrema, en cuyo caso es evidente que no querrá regresar al mismo y no hay, ni podrá haber una reeducación, ni

¹⁷² CALVO-RUBIO BURGOS, J.B. “Tratamiento del extranjero ante la jurisdicción penal: autorización judicial para la expulsión administrativa. La expulsión como sustitutivo penal y como medida de seguridad. Su quebrantamiento.” Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. 1999-II.

reinserción social, sino sólo un castigo mayor que el impuesto a un nacional que cometiera el mismo tipo de delito.

En relación a lo expuesto expresa el TC en su Auto nº 33/97 y en su Sentencia nº 203/1997, de 25 de noviembre que “ *lo que se está planteando es la concesión de un beneficio consistente en eludir la privación de libertad personal, al adquirir esta consecuencia una evidente prevalencia sobre la limitación consistente en la privación de la libertad de circulación por el territorio nacional... la expulsión en unas ocasiones, será una medida restrictiva de derechos y en otras un beneficio según se impusiera contra la voluntad del reo o a petición del mismo en sentencia, lo que determina la esquizofrenia jurídica que afectaba y afecta a la institución*”. Esto supone ofrecer un mensaje poco deseado a un determinado tipo de inmigrantes, como el relacionado con la delincuencia organizada, pues la comisión de determinados delitos supondrá a lo máximo, la devolución al país de origen.

Poniendo de manifiesto la STC 242/1994 y la 203/97 de 25 de noviembre, en relación a su consideración como una medida restrictiva de derechos de los extranjeros, que “ *no se concibe como modalidad de ejercicio del “ius puniendi” del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero que el Estado en el que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a una política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar*”, pues “ *no se trata de una pena, pero indiscutiblemente puede llegar a ser, de no aceptarse por el afectado, una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros que se encuentren residiendo legítimamente en España, es este caso, del derecho de permanecer en nuestro país, cuya relevancia constitucional se ha afirmado en la jurisprudencia de este Tribunal*” .

Y así podemos concluir que cuando la pena impuesta sea poco relevante, la expulsión puede ser una consecuencia excesivamente gravosa respecto de extranjeros en quienes concurren determinadas circunstancias (arraigo social, personal, familiar y laboral en España...), y en sentido contrario cuando la pena impuesta sea de cierta entidad, la expulsión puede constituir un beneficio para el extranjero en comparación al español, el cual no tendrá más remedio que cumplir la pena impuesta en un centro penitenciario, apuntando lo expuesto, quizás al riesgo de que se incremente la comisión de delitos menos graves por parte extranjeros, ante la convicción de estos de que no

van a tener que cumplir la pena que en su caso se les pueda imponer por la comisión de los citados delitos, sino que simplemente se procederá a acordar su expulsión del territorio nacional.

Algún autor la ha definido como medida de seguridad con efectos penológicos ¹⁷³ y otros han destacado que el artículo 89 C.P. supone la introducción en nuestro ordenamiento del principio de oportunidad.¹⁷⁴

Por lo expuesto consideramos, que la expulsión no sustituye la condena, sino que la suspende para facilitar la aplicación de la normativa administrativa y los fines de la política de extranjería forzando la salida de los extranjeros, se hallen o no debidamente autorizados para residir en España, por lo que en definitiva podría decirse, que la expulsión no es ni una pena, ni una medida de seguridad¹⁷⁵, encontrándonos cuando la expulsión se aplica a imputables (art. 89 CP) ante un mecanismo sustitutivo de la pena, y cuando se aplica a inimputables (art. 108 C.P.), ante un mecanismo sustitutivo de la medida de seguridad ¹⁷⁶, pudiendo concluirse como afirma la SAP Barcelona nº 770/2005, de 7 de diciembre, que es evidente que la motivación principal de la medida de expulsión como sustitutiva de la pena de prisión no responde más que a intereses económicos y de política penitenciaria, a fin de disminuir el número de penados extranjeros, que son los que tienen mayores problemas de adaptación y sobre los que es más difícil verificar una labor de reinserción y socialización.

¹⁷³ CALVO- RUBIO BURGOS, J. Ob. Cit.

¹⁷⁴ PALOMO DEL ARCO, A. “Criminalidad organizada e inmigración ilegal” Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, 2/2001. CGPJ.: “*La expulsión supone una forma atípica de truncamiento del proceso; la introducción de un cierto criterio de oportunidad que no se corresponde ni se integra con la sistemática de nuestro proceso penal. Implica además la renuncia del ius puniendi ante la exigencia de ejecuciones de índole administrativa, que tampoco resulta coherente con la preeminencia de la actividad jurisdiccional frente a la administrativa sancionadora. La justificación que pudiera tener, deriva de evitar el fraude que implica la comisión de pequeños delitos para demorar la expulsión del país; pero su regulación genérica, para cualquier supuesto delictivo conminado con pena inferior a seis años sin cualquier otra consideración, la configuran como una medida de política criminal meramente utilitarista, de difícil justificación preventiva*”.

¹⁷⁵ añadiendo que en todo caso, la previsión del artículo 96 (expulsión como medida de seguridad) sólo afecta a las personas a las que se aplica una eximente, por lo que en ningún caso puede conceptuarse globalmente como medida de seguridad.

¹⁷⁶ NARVAEZ RODRIGUEZ, A. “Las medidas de seguridad” Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal , III-1999.

Algunos autores, como ya hemos expuesto, sitúan la razón de ser de esta medida en la dificultad de reinserción que tienen los inmigrantes irregulares por carecer de arraigo en España, o en su instrumentalización de cara a seleccionar la inmigración, lo que entendemos supone situarse en una postura contraria al orden constitucional, que aboga por la reeducación y reinserción social, sin distinguir entre ciudadanos españoles o extranjeros.

Otra corriente responde a una opción político-criminal en la que prima una política de extranjería, que quiere evitar que puedan permanecer en España o regresar a este país quienes no reúnen los requisitos legalmente previstos para residir legalmente en él, y en base de razones de prevención general, para defender esta medida, argumentan que lo que pretende la misma es evitar que el cumplimiento de la pena sirva para que un sujeto extranjero que ya ha delinquido en nuestro país se mantenga en el mismo y pueda reiterar su conducta delictiva.

Pero en cualquier caso, como se acaba de exponer, lo cierto es que la doctrina no se pone de acuerdo en cuanto a la verdadera naturaleza de la expulsión de los extranjeros, y nosotros no podemos más que concluir indicando que con la aplicación de dicha medida de expulsión, lo que verdaderamente se hace es suspender la potestad jurisdiccional, en su faceta de hacer ejecutar lo juzgado, en aras a preservar otros fines que el Estado considera igualmente valiosos relacionados con su política de extranjería, de modo que en puridad lo que se hace es suspender la condena para facilitar la aplicación de la normativa administrativa sobre extranjería, forzando a salir del territorio nacional a los extranjeros, sin que pueda ser la misma catalogada como una pena, pues no ha sido así calificada en el artículo 33 C.P., ni como una medida de seguridad por las razones ya apuntadas, por lo que dicha medida no sería más que una combinación de suspensión de la ejecución de la pena y de aplicación de medida de seguridad de expulsión del extranjero de España.

II.4. Presupuestos.

A diferencia de la autorización judicial prevista en el artículo 57.7 de la Ley de Extranjería, en el supuesto contemplado en el artículo 89 C.P. el juez o tribunal no “autoriza”, sino que decide la expulsión del extranjero, siendo este el que ha impuesto

la pena, con independencia de que exista o no un expediente administrativo de expulsión.

Como estudiamos, la autorización judicial prevista en la Ley Orgánica 4/2000 tiene una naturaleza distinta a la que ahora es objeto de estudio. En la contemplada en la citada Ley de Extranjería la autoridad judicial no es la que expulsa al extranjero, sino que es la autoridad administrativa quien decide la expulsión -tras un expediente tramitado al efecto- y el juez tan solo concede una especie de visto bueno, tras comprobar que el delito por el que se está tramitando la causa, contra el extranjero que va a ser expulsado, no rebasa el máximo previsto por el legislador para renunciar al *ius puniendi*, y tras comprobar también que no existen circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.¹⁷⁷

Veamos ahora cuales son los presupuestos subjetivos y temporales de la aplicación de esta medida sustitutiva.

a) **Presupuesto subjetivo.**

Desde un punto de vista subjetivo el artículo 89 C.P. desde su incorporación al Código penal de 1995 siempre ha restringido la aplicación de esta medida a los extranjeros no residentes legalmente en España por ello, el extranjero residente que se hallara en posesión de alguna de las autorizaciones administrativas, o dispensado de la obligación de obtenerlas en virtud de Tratado o Ley, había de afrontar el cumplimiento de la condena en las mismas condiciones que el reo español, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 57.2 de la Ley de Extranjería - que como hemos

¹⁷⁷ La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001, de 21 de diciembre, relativa a la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería explicaba con claridad este aspecto, si bien partía conforme al texto originario del art. 89 del carácter discrecional de la decisión judicial que, «quien acuerda la expulsión no es el Juez o Tribunal, sino la Administración que previamente ha dictado el correspondiente acto administrativo sancionador en los supuestos previstos en el artículo 57.1 y 2 LE. No es el hecho objeto del proceso penal el que motiva la autorización de la expulsión, sino la existencia previa del acuerdo gubernativo adoptado por hallarse el extranjero incurso en alguna de las citadas causas legales de expulsión. La LE autoriza al Juez a suspender discrecionalmente el ejercicio de la potestad jurisdiccional en su vertiente de juzgar el hecho inculcado, renunciando al proceso y admitiendo como solución alternativa a su conclusión la sustitución del mismo por una medida administrativa de expulsión.

Este control no se identifica con el que corresponde efectuar a la jurisdicción contencioso-administrativa, es más somero y busca principalmente comprobar si el acuerdo gubernativo cumple las exigencias esenciales de la Ley en cuanto a la competencia del órgano autor del mismo, formalidades externas y concurrencia de alguno de los supuestos materiales que lo justifican en Derecho.»

visto autorizaría la incoación de expediente de expulsión, si la condena hubiera sido por delito doloso que tuviera señalada pena privativa de libertad superior a un año de duración- por ello y en el supuesto contemplado en el citado artículo 89 C.P. la situación de irregularidad administrativa era condición legal de la sustitución de la pena y debía estar debidamente acreditada en la causa (STS 919/1999, de 2 de junio).

Y así para que operase la expulsión judicial decretada en un proceso penal, el condenado tenía que ser un extranjero no residente legalmente en España, es decir un extranjero que careciese del correspondiente permiso de residencia en territorio español. Y para poder delimitar el concepto de residencia legal se hacía preciso distinguir entre: a) el ciudadano al que le era aplicable el régimen común de la LOEX 4/2000, de 11 de enero; b) los ciudadanos nacionales de Estados Miembros de la Unión Europea o de países asimilados, a los que les es de aplicación 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; c) a los ciudadanos 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 una vez acreditado que el sujeto activo del delito era un extranjero sin residencia, le era aplicable la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión del territorio nacional, y ello sin tener en cuenta si era la primera vez que delinquía, si era reo habitual o no, si estaba enfermo, si era un toxicómano o cuáles eran sus circunstancias personales y familiares o, finalmente el pronóstico de reinserción social que se derivaba de su persona, circunstancias todas estas que sí eran tenidas en cuenta cuando se trataba de un condenado que detentara la nacionalidad española, el cual, no sólo está excluido de la expulsión, sino que le eran aplicables unos determinados beneficios en el momento de la ejecución de la pena.

Pero esto ha cambiado radicalmente con la reforma introducida por la L.O. 1/2015 en la que se ha sustituido la expresión “*extranjero no residente legalmente en España*”, por la de “*ciudadano extranjero*”, de lo que se desprende que la expulsión se va a generalizar a todos los ciudadanos extranjeros, con independencia de que residan legalmente o no en España, ampliando así mismo la citada reforma de una forma expresa la expulsión a los ciudadanos de la Unión Europea, aun con las limitaciones

que se establecen en el apartado 4 del citado art. 89.

Pero antes de adentrarnos en lo que ha supuesto el cambio que ha dado la reforma de la L.O. 1/2015 al Código penal en esta materia, haremos una breve referencia a la regulación anterior a fin de comprender en su plenitud el giro tan importante introducido por el legislador en esta materia.

i) Concepto de extranjero. “Expulsión de ciudadano extranjero”.

Con la anterior regulación, en todas y cada una de las redacciones dadas al precepto por las diferentes reformas desde la entrada en vigor del Código Penal hasta la reciente reforma, se desprendía de la norma que la misma era aplicable al penado extranjero no residente legalmente en España, por lo que la primera pregunta que nos formulábamos era **¿ qué había de entenderse por extranjero? ¿ y por extranjero no residente legalmente en España?.** Para dar respuesta a este interrogante y al tratarse de un “concepto penal en blanco”, para conocer el alcance del término extranjero habrá que acudir a la normativa administrativa de extranjería.

Y así, para responder a la primera de las preguntas -antes y también ahora tras la actual reforma, en cuanto la misma sigue siendo aplicable a los “extranjeros” - debemos acudir a la propia Ley de Extranjería que en su artículo primero declara que “*se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española*”, y para determinar quién posee la nacionalidad española habrá de acudir al C.c.¹⁷⁸.

Ante tan genérica definición la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado aclaró que debía de entenderse por extranjeros no residentes legalmente en España a aquellos ciudadanos que, no teniendo la nacionalidad española, ni comunitaria, carecieran de la correspondiente autorización vigente de residencia otorgada por la autoridad administrativa competente conforme a la LO 4/2000, salvo que estuvieran dispensados de obtenerla en virtud de la Ley o Tratado Internacional.

Así mismo la citada Ley de Extranjería dispone que los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de “estancia” o residencia, calificando desde un punto de vista negativo como infracción grave, “*encontrarse irregularmente en*

¹⁷⁸ Véanse los arts. 17 a 28 del Código Civil.

territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autoridad de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente” (art. 53 a) , por lo que desglosando estos supuestos podemos concluir que un extranjero se encuentra irregularmente en España en los siguientes supuestos:

- a) en los supuestos de entrada ilegal consumada,
- b) en los supuestos en que ha entrado legalmente, pero permanece posteriormente en territorio nacional de una forma irregular por no haber obtenido la prórroga de estancia, y
- c) cuando le han caducado los documentos que le autorizaban la residencia sin haber solicitado la renovación en plazo.

De lo que se desprende que no es lo mismo residencia legal que estancia regular, y así 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 encuentren legalmente en nuestro país.

Por tanto a los **extranjeros que se encuentran en España en situación de “estancia”**, que es aquella situación en la que el extranjero permanece menos de tres meses en territorio nacional, a cuyo efecto sólo se le exige estar en posesión de pasaporte o del correspondiente documento de identidad, podía aplicárseles la expulsión sustitutiva, con anterioridad a la reciente reforma, dado que si bien se encontraban en situación regular en España no eran residentes legales, pudiendo afirmarse que en la medida en que estos extranjeros no eran residentes, aunque su situación fuera legal, podían ser sometidos al régimen de sustitución por expulsión, lo que suponía entender que *“extranjero no residente legalmente en España”* era tanto aquél que residía en nuestro país de facto, pero en situación de ilegalidad, como aquél que se encontraba legalmente en España, pero no era residente. Es decir, el ámbito de aplicación del anterior artículo 89 no se quiso circunscribir a quienes *“se encuentren ilegalmente”* en

España, sino que se extendía también a los extranjeros con residencia ilegal y a los no residentes en sentido técnico.¹⁷⁹

A la misma conclusión se llegaba respecto de los **estudiantes extranjeros** en España, dado que como establece el artículo 33 de la Ley de Extranjería “*tendrá la consideración de estudiante el extranjero cuya venida a España tenga como fin único o principal el cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación, no remunerados laboralmente, en cualesquiera centros docentes científicos españoles, públicos o privados, oficialmente reconocidos. 2. La situación del extranjero en régimen de estudiante será la de estancia y la duración de la autorización será igual a la del curso para el que esté matriculado. 3. La autorización se prorrogará anualmente si el titular demuestra que sigue reuniendo las condiciones requeridas para la expedición de la autorización inicial y que cumple los requisitos exigidos por el centro de enseñanza al que asiste, habiéndose verificado la realización de los estudios*”.

De todas formas hay que decir que también había autores que abogaban por la no expulsión de extranjeros en situación de estancia, asimilándolos a los apátridas a quienes se confiere una tarjeta de identidad y a los estudiantes, partiendo de que nos encontrábamos ante el presupuesto subjetivo de una medida restrictiva de derechos, cuando no es voluntaria¹⁸⁰.

A este respecto señalaba la CFGE 2/2006 que “*a estos efectos los extranjeros con autorización de estancia, conforme al artículo 33 L.E., 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*

¹⁷⁹ POZA CISNEROS, M. “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en penados y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal”. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996. En el mismo sentido ONTIVEROS VALERA, F. “El extranjero autor de infracciones penales”. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. II-2001. También es partidario de esta interpretación FERNÁNDEZ ARÉVALO, para quien «todo aquel reo extranjero que no ostente un permiso de residencia temporal o permanente puede considerarse como no residente, a los efectos de la estricta aplicación del art. 89 CP, a reserva de eventuales matizaciones jurisprudenciales».

¹⁸⁰ PALOMO DEL ARCO, A. Ob. Cit.

de estancia, pues en definitiva, su régimen se asemeja al de los residentes temporales más que al de los estantes.”

Igualmente la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, indicaba que, tras la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 llevada a cabo por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, se encontraban en situación de residencia legal en España aquellos extranjeros, no comunitarios, que fueran titulares de cualquiera de los siguientes permisos siguientes en vigor:

1. Autorizaciones de residencia temporales ordinarias. Otorgan al extranjero el permiso para permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años, y comprende dos modalidades:

- a) de residencia (artículos 25 bis.2 y 31.2 LOEX);
- b) de residencia y trabajo (artículos 25 bis 2d), 31, 36, 37 y 38 LOEX);

2. Autorizaciones de residencia temporal excepcionales. No exigen el previo visado y son las que se pueden conceder por concurrir circunstancias relevantes como son el arraigo, razones humanitarias, colaboración con la Justicia u otra circunstancia excepcional que se determine reglamentariamente (artículo 31.3 LOEX);

3. Autorizaciones provisionales de residencia. Son las otorgadas sin prefijar su duración, al estar condicionadas al cumplimiento de otras condiciones¹⁸¹;

4. 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).

¹⁸¹ Participan de esta naturaleza:

- a) la autorización provisional de residencia a las mujeres víctimas de violencia de género mientras se tramita el procedimiento penal (artículo 31 bis LOEX);
- b) 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);
- c) 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);
- d) las autorizaciones de permanencia provisional otorgadas a los que hubiesen presentado solicitud de reconocimiento de apátrida (artículo 5 Real Decreto 865/2001, de 20 de julio y artículo 34.1 LOEX);
- e) y las que corresponden a aquellos extranjeros que hayan prestado solicitud de asilo (artículo 18.1c) 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.

En definitiva, los ciudadanos extranjeros sometidos al régimen común de la LO 4/2000 que podían ser expulsados al amparo del anterior artículo 89 del Código Penal por carecer de permiso de residencia, eran:

- a) cualquier ciudadano extranjero que se hubiera introducido en territorio nacional de manera subrepticia o fraudulenta al margen de los controles establecidos por las autoridades incumpliendo con los requisitos y formalidades previstas en los artículos 25 y siguientes de la LO 4/2000 (ciudadanos extranjeros en situación de irregularidad), es decir, supuestos de entrada ilegal consumada;
- b) los que solo tuvieran reconocido un derecho de tránsito;
- c) los que fueran titulares de un permiso de estancia (permanencia en territorio español por un periodo de tiempo no superior a 90 días), aunque en este supuesto ya hemos indicado lo que opinaban algunos autores y la Fiscalía General en su Circular 2/2006.
- 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. Sin que a estos efectos la simple solicitud de autorización tornara en legal la estancia irregular (Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real 43/2014, de 10 de abril)

En relación a las personas que quedan excluidas del concepto de extranjero podemos citar a quienes tengan la nacionalidad de otro Estado si además poseen la nacionalidad española (**supuestos de doble nacionalidad**), los apátridas, pues lo trascendente no es poseer una nacionalidad distinta a la española, los solicitantes de asilo y los refugiados políticos.

En cuanto a los **apátridas**, para ser considerado como tal, resulta necesario el reconocimiento del Ministerio del Interior, siempre que concurren los requisitos contemplados al efecto en la Convención sobre el Estatuto de Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, al que España se adhirió por instrumento de

24 de abril de 1997, norma que contempla la posibilidad de expulsión en vía administrativa con notables restricciones.¹⁸²

Establece el art. 34 de la LOEX que los **solicitantes de asilo** no podrán ser expulsados hasta tanto no se haya inadmitido a trámite su petición o resuelto sobre la misma y que tampoco podrán serlo los que hayan obtenido una resolución favorable sobre dicha petición de asilo en España, pues ello no sólo supondrá el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante, sino que el mismo tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la Ley 5/84, de 26 de marzo (reformada por Ley 9/1994 de 19 de mayo) reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado¹⁸³.

Tampoco podían ser expulsados los que hubieran obtenido la condición de **refugiado político**, dado que en este supuesto el artículo 34 de la Ley de Extranjería establecía que su residencia en España era legal.

De lo que se concluye que no era posible la expulsión, por aplicación del artículo 89 del C.P., desde su redacción originaria y hasta la actual reforma de 2015, de los apátridas, de los refugiados políticos y de los solicitantes de asilo.

Tampoco podrán ser expulsados: 1) quienes conforme a los artículos 17 y siguientes del Código Civil posean la nacionalidad española, a la que puede accederse, entre otras vías, por residencia legal y efectiva, en nuestro país, continuada e inmediatamente anterior a la petición; 2) los miembros de fuerzas extranjeras destacadas en España en virtud de Tratado 3) los alistados en la Legión, en cuanto contratados por el ejército español; 4) los excluidos por la propia Ley de Extranjería (art. 2) como los agentes diplomáticos, funcionarios consulares acreditados en España y sus familias, los representantes, delegados, miembros y familiares de Misiones o Delegaciones ante Organismos intergubernamentales con sede en España y los funcionarios de los mismos; 5) así como los menores tutelados por una Administración pública.

¹⁸² Art. 31 .1 “Los Estados Contratantes no expulsaran a apátrida alguno que se encuentre en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público”

¹⁸³ Ley esta que ha sido derogada por la Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, modificada por la Ley 2/2014, de 25 de marzo.

Respecto a los nacionales de otros países, la derogada Ley Orgánica 7/1985, proporcionaba un tratamiento preferencial a favor de los **ciudadanos iberoamericanos**, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, sefardíes y a los originarios de la ciudad de Gibraltar para: a) la concesión y renovación del permiso de trabajo (art. 18.1, f), b) así como cuando pretendían realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta ajena, c) tenían otorgaba preferencia para trabajar en España, sobre otros extranjeros, conforme se establecía el artículo 18.3, d) tampoco estaban obligados al pago de las tasas correspondientes por la expedición de permisos de trabajo (art.23)... Dichas preferencias fueron sido omitidas en la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, salvo la exención del pago de las tasas por la concesión de las autorizaciones para trabajar a los nacionales iberoamericanos, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, los sefardíes, los hijos y nietos de español/la de origen, y los extranjeros nacidos en España cuando pretendan realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia (art. 47).

Por otro lado, el artículo 22 del Código Civil, favorece a los iberoamericanos que soliciten la nacionalidad española reduciendo el plazo de diez años de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud- exigido al resto de los extranjeros que están en la misma situación- a dos años, no obstante también establece el citado texto legal que dicha petición podrá ser denegada por motivos de orden público.

Pero a pesar de lo expuesto, en la actualidad, los ciudadanos iberoamericanos quedan igualados con los demás extranjeros conforme a la actual Ley de Extranjería, pese a la existencia de convenios de doble nacionalidad, paz y amistad firmados por España con gran parte del continente latino. Todo ello, sin perjuicio de la previa tramitación inicial cuando pretenden residir o trabajar en España. En el Código penal para dichos ciudadanos no recoge pues beneficio, ni excepción alguna.

Por último, tan solo haremos una breve referencia respecto a los menores extranjeros. A los **extranjeros menores** (de 14 a 18 años) que cometan un delito en España les será de aplicación la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Excepcionalmente, será de aplicación a los jóvenes de 18 y menores de 21 años sin perjuicio de la excepción establecida en la ley Orgánica 7/2000, que modifica la anterior. En ambos textos legales no existe un precepto equivalente al artículo 89 o 108 del Código Penal, por lo tanto hemos de

concluir que en nuestra legislación no está prevista la expulsión de los menores delincuentes extranjeros, y de conformidad con lo establecido en el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000, en redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, los menores tutelados por una Administración Pública pueden permanecer en España regularmente, y su residencia se considerara regular a todos los efectos, por lo que ningún menor de edad que se encuentre en España en situación de desamparo podrá ser expulsado.

Sin embargo, el menor puede ser afectado por la expulsión sustitutiva de forma indirecta cuando se encuentre hallado o acompañado por su padre, madre, tutor o guardador y como consecuencia de haber sido expulsada la persona con la que se encontraba el menor a su cargo, sin que haya que ver en ello sanción alguna hacia el menor, pues prima el derecho del menor a conservar sus relaciones familiares y a no ser separado de sus padres en contra la voluntad de estos (art. 9 de la Convención de los derechos del niño), lo cual implica que si la autoridad competente acuerda la expulsión, devolución o retorno de los padres, tutores o guardadores del menor extranjero, ello conlleva también la salida de nuestro país del menor sometido a su potestad, sin que pueda suponer esto un reproche sancionatorio hacia la conducta del menor, pues esta situación no es más que la otra cara del derecho a la reagrupación familiar. En este sentido establece la citada Circular 3/2001 de 21 de diciembre, que la expulsión de padres, tutores o guardadores extranjeros conllevara también la salida del menor sometido a su potestad.

En cualquier caso, tan solo apuntar brevemente que si el extranjero había permanecido en España hasta la fecha de celebración del juicio (salvo que se hubiera seguido juicio rápido) quizás su situación administrativa se había clarificado derivando bien hacia la irregularidad bien hacia la regularidad, por lo que era objeto de discusión doctrinal cual debía ser el momento procesal de valoración de la situación administrativa de la ilegalidad de la residencia del extranjero, el momento en que se cometió el delito, la fecha del juicio o el momento en que el juez o tribunal debía resolver al respecto, pareciendo que se había impuesto el momento en el que debía acordarse la medida de expulsión, es decir en la fecha en que se celebraba el juicio, o si se había diferido la decisión a la fase de ejecución, el momento de dictarse el correspondiente auto, dado que la ley no exigía que fuera el de comisión del delito.

El fundamento de este criterio residía en que no se trataba de una pena, sino de una medida de seguridad y en consecuencia debían tenerse en cuenta las posibles modificaciones de su situación administrativa y personal que se hubieran producido desde que cometió el delito (Sentencia Supremo 792/2008, de 4 de diciembre)¹⁸⁴, especialmente en aquellos casos en que entre la decisión en sentencia y la efectiva ejecución (una vez cumplidas las $\frac{3}{4}$ partes de la condena) podía mediar un largo lapso de tiempo en el que podían sobrevenir circunstancias que variaban sustancialmente los factores que se tuvieron en cuenta para adoptar la decisión tal y como refería el Tribunal Supremo en Sentencia 918/2012, de 10 de octubre.

Es también este el criterio que se sustentaba en la circular de la Fiscalía nº5/2011 de Criterios para la Unidad de Actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Extranjería e Inmigración, cuando señalaba que la falta de autorización de residencia era un requisito que se exigía para el instante de dictarse la sentencia o, en su caso, posteriormente si se había realizado mediante auto durante la ejecutoria (anterior artículo 89.1 párrafo segundo).

Aunque esto no siempre se entendió así, pues el Tribunal Constitucional en su Auto 331/1997, de 3 de octubre estableció que *“las afirmaciones de la demanda en el sentido de que, en el momento actual, el actor desarrolla un trabajo remunerado y convive con una española son irrelevantes, ya que se refieren a un momento muy posterior al que fue tenido en cuenta para decidir su expulsión de España, y ni siquiera han podido ser aportados y apreciados por la sala contencioso-administrativa”*. En este sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Castellón en la sentencia 58/2006 de 7 de febrero.

“Expulsión del ciudadano extranjero”.

Pues bien, si con anterioridad a la reforma de 2015, tanto la expulsión sustitutiva de la condena en su integridad (artículo 89.1 del Código Penal) como la parcial (artículo 89.5) sólo podían ser impuestas a los extranjeros que carecían de un permiso administrativo de residencia en territorio español, según lo expuesto, esto ha variado con la reforma del Código penal introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, en el

¹⁸⁴ De esta opinión, COMAS D'ARGEMIR, M., SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C. y NAVARRO, E.: “Sustitución de la pena por expulsión: principio de proporcionalidad, audiencia del acusado y del penado, distintas fases procesales (artículo 89 CP), en Jornadas de la comisión penal de jueces para la democracia, Valencia, 2012.

que se establece que la expulsión se aplicará al “*ciudadano extranjero*”, sin mayor concreción, suprimiendo así el inciso del anterior artículo 89.1 del Código Penal que restringía la norma al extranjero no residente legalmente en España, por lo que en base a la aplicación del mismo será posible la expulsión judicial de extranjeros que dispongan de autorización de residencia en España en cualquiera de las modalidades previstas, esto es los ciudadanos de los restantes Estados Miembros de la Unión Europea, de los familiares de éstos y de todos los demás extranjeros que están dispensados de obtener autorización de residencia, lo que supone un retroceso en los derechos de los ciudadanos extranjeros, los cuales continúan siendo ciudadanos de segunda categoría, a los cuales se les va a aplicar este precepto con independencia de que se encuentren en nuestro país en posesión o no de la correspondiente autorización de residencia. Y así el extranjero con independencia de su situación administrativa, se enfrentará a unas consecuencias cualitativamente distintas que el resto de ciudadanos “nacionales”, y todo ello en contra de los esfuerzos que los mismos hayan hecho, muchas veces durante un largo periodo de tiempo, para integrarse en nuestro país y obtener su residencia legal.

Así establece el actual art. 89.1 C.P. que “*las penas de prisión de más de un año impuestas a un **ciudadano extranjero** serán sustituidas por su expulsión del territorio español*”, por lo que desde un punto de vista subjetivo, la pena se sustituirá al condenado que tenga la condición de “*ciudadano extranjero*”, término como se ve, mucho más amplio que el “*extranjero no residente legal en España*” utilizado en la anterior regulación.

El término “*ciudadano extranjero*” se introdujo ya en el Anteproyecto de reforma del Código Penal (en el art. 88, que desplazó la expulsión sustitutiva del anterior art. 89 al art. 88, dejando el art. 89 sin contenido) y se ha mantenido así durante toda su tramitación legislativa, siendo ampliamente criticado, tanto en el informe del Consejo Fiscal, como en el informe del Consejo de Estado y en numerosas enmiendas, habiendo desoído el Gobierno todas ellas, para acabar aprobando una reforma que vulnera los derechos humanos de los extranjeros, los principios de igualdad, legalidad y seguridad jurídica, es contraria al derecho comunitario, supone la renuncia a la reinserción del extranjero que delinque y en definitiva, es un claro retroceso en las garantías de los extranjeros.

Y así en el apartado IV de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código Penal se indicaba, que con la reforma se pretendía poner fin a la anterior situación de existencia de una triple regulación de la suspensión de la ejecución de la pena: la suspensión ordinaria, suspensión para el caso de delincuentes adictos al consumo de drogas, y sustitución de la pena, pues daba lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que eran objeto de reiterados recursos de reforma y apelación, por lo que se iban a mantener los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrecía el régimen único de suspensión y así de este modo se asegura que Jueces y Tribunales resolvieran sobre si la pena de prisión debía ser ejecutada o no una sola vez, lo que redundaría en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas.

Añadiendo que “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 máxima eficacia y sencillez, 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. Los Jueces y Tribunales deberán valorar la gravedad del hecho y, al tiempo, las circunstancias personales del penado, en particular su arraigo, para valorar si la sustitución de la pena es o no proporcionada, tal y como ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente, deben destacarse algunas mejoras técnicas en la regulación: se precisa cuál es el momento de inicio de los plazos de suspensión; se impone a Jueces y Tribunales el deber de resolver en sentencia sobre la posible suspensión de la ejecución siempre que ello resulte posible; y se soluciona el problema que –con cierta frecuencia– se plantea cuando se cometen nuevos delitos durante el período de suspensión, pero esos hechos son condenados en firme cuando el plazo de suspensión ya ha terminado”.

Como se puede comprobar, ni en el texto del Anteproyecto, ni en el del Proyecto de reforma del Código Penal de 2015 se hace referencia alguna, ni se justifica este pretendido cambio legislativo y esta ampliación de la sustitución de la expulsión, a

todos los ciudadanos extranjeros, y no sólo a los residentes ilegalmente en nuestro territorio.

ii) Expulsión de ciudadanos de la Unión Europea.

Igualmente ha de indicarse que en el texto del anteproyecto de reforma del precepto, cuya regulación se contenía en el artículo número 88, no se hacía expresa referencia a la posible expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea, lo que si sucede en la Exposición de Motivos de Proyecto de Reforma, que en su apartado 88.4 alude a la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea, aunque dice, que ello sólo será posible en casos excepcionales al establecer que *“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” .

Redacción esta del precepto que fue la presentada al Senado (BOCG Senado 29.1.15) aunque bajo la numeración artículo 89 y aprobada sin variación alguna. Expresando la citada Exposición de Motivos que *“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”.

Por lo que a tenor de este precepto será posible la expulsión judicial de extranjeros que dispongan de autorización de residencia en España en cualquiera de las modalidades previstas en la normativa sectorial, de los ciudadanos de los restantes Estados miembros de la Unión Europea, de los familiares de éstos y de todos los demás extranjeros que están dispensados de obtener autorización de residencia.

Pues bien, como se ha indicado y como no podía ser de otra manera, el término “ciudadano extranjero” y la ampliación que ello supone a todo tipo de extranjeros, recibió serias críticas durante la tramitación parlamentaria, sobre todo en lo relativo a la expulsión de los ciudadanos comunitarios en el informe al Anteproyecto del Consejo Fiscal de fecha 20.12.13 y en el informe del Consejo de Estado de fecha 27.6.13. Y aunque ello no se traduzca necesariamente en un incremento cuantitativo de la expulsión, si conduce a una ampliación indiscriminada para los no nacionales, con independencia de su categoría y situación de estancia o residencia normalizada (residentes o no residentes, temporales o de larga duración, comunitarios o extracomunitarios), con lo que nuestro país profundiza, una vez más, hacia el horizonte creador de un Derecho especial frente a los extranjeros¹⁸⁵.

El Consejo General del Poder Judicial en su informe de fecha 16.1.13 alude a la falta de explicación dada por el legislador al ampliar el ámbito de sujetos respecto de los cuales puede ahora aplicarse la medida de expulsión, pues si desde la publicación del Código Penal de 1995 siempre se había circunscrito esta, a pesar de las diferentes modificaciones del art. 89, a los extranjeros sin residencia legal, bajo el fundamento de la dificultad de reinserción social que conllevaba esta situación irregular, no se entiende como ahora, y sin mayor explicación se va a aplicar a todo tipo de extranjeros, con independencia de su situación administrativa en España. Y así diferentes grupos parlamentarios del Senado presentaron enmiendas proponiendo condicionar la

¹⁸⁵ IGLESIAS RIO, M.A. “La expulsión de extranjeros”. *Comentario a la reforma penal de 2015*, direc. Quintero Olivares, G. Aranzadi 2015.

expulsión del extranjero a la no residencia legal en España¹⁸⁶, las cuales fueron rechazadas.

Generalización de la expulsión que supone una serie de inconvenientes que hacen dudar de su constitucionalidad y su acomodo a la normativa de la Unión Europea, al derecho internacional público, y a los cánones jurisprudenciales elaborados desde el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sin que existan tampoco apoyos en la jurisprudencia de nuestros tribunales, ni se evidencien razones de política criminal que amparen la expulsión sustitutiva para extranjeros con residencia legal ¹⁸⁷. Por lo que a partir de ahora, el fundamento de la expulsión no estará ya en la carencia del condenado de residencia legal en España, sino en la carencia de nacionalidad española.

Y si bien por otra parte, la opción de expulsar al extranjero ilegal, tenga o no residencia legal, ha sido avalada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esta deberá adoptarse siempre y cuando esté reconocida por una ley, sea necesaria y proporcional, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos, según el cual: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”* .

Volviendo a los nacionales de países miembros de la Unión Europea y asimilados se ha indicado por la mayoría de la doctrina, que los ciudadanos de la Unión Europea tienen libertad de residencia y circulación en todo el territorio de la misma, por lo que no cabe que estos se encuentren ilegalmente en nuestro país. Y así siguiendo la

¹⁸⁶ La nº 24 y 492 del Grupo Mixto; la nº 350 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya; la nº 759 del Grupo Parlamentario Vasco y la nº 876 del Grupo Parlamentario Catalán Convergencia i Unió. Todas ellas fueron rechazadas en votación de 21 de febrero de 2015.

¹⁸⁷ Enmienda nº 122 del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural. Boletín Oficial de las Cortes generales, de 10 de diciembre de 2014.

orientación inicial de los Tratados fundacionales (TCEE) y del Derecho derivado, el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea confiere a todos sus ciudadanos un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros, cuya relevancia histórica ha llegado hasta la creación del estatus específico de “ciudadanía europea”, lo que de por sí excluiría la expulsión.

También se ha señalado que este derecho es de configuración legal, no es absoluto y está sometido a las limitaciones, por razones objetivas de orden público o de seguridad pública (interna o externa), contenidas en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 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, que en España han sido acogidas por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo, por lo que la expulsión del territorio nacional en el caso de delitos cometidos por un ciudadano europeo se debe contemplar con carácter excepcional, reservándose para aquellos supuestos en los que su autor represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública. En atención a los criterios recogidos en la normativa mencionada, y en base a ello el reformado art. 89.4 acoge ahora la posibilidad de la expulsión de estos ciudadanos.

En contra de ello algún sector doctrinal ha expuesto que la especificidad de esta regulación determina una importante objeción a la posibilidad de aplicación del artículo 89 del Código penal a los ciudadanos comunitarios, no tanto porque su residencia no esté sometida a requisitos legales y reglamentarios, como por ser dudosa su condición de extranjeros ¹⁸⁸.

El Tratado de Maastricht recoge el concepto de «ciudadanía europea» cuando señala que “será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro”, por lo que estarán excluidos de la expulsión los ciudadanos de la Unión Europea (Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, Eslovaquia, Estonia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Reino Unido,

¹⁸⁸ POZA CISNEROS, MARIA: Ob. Cit.

República Checa, Suecia) y del Espacio Económico Común_(Islandia, Liechtenstein y Noruega), en virtud de dicho Tratado y de lo dispuesto en el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre la base de los derechos comunitarios a la libre circulación del trabajador y el derecho a la vida familiar.

A partir del día 1 de enero de 2007 se hizo efectiva la adhesión a la Unión Europea de Rumania y Bulgaria, como países miembros de pleno derecho en virtud del Tratado de Adhesión firmado el 25 de abril de 2005 en Luxemburgo, por lo que sus nacionales desde dicha fecha fueron considerados como ciudadanos comunitarios como los del resto de los Estados miembros de la Unión Europea, con la consecuencia de que ya no se podían considerar como extranjeros no residentes a los efectos del anterior artículo 89 C.P. (AAP Madrid, Sección 1ª, nº 31/2007 , de 1 de febrero).

En este sentido el Tribunal Supremo estableció una doctrina para anular las expulsiones dictadas antes de enero de 2007 contra rumanos y búlgaros que permanecían en situación irregular en España, aplicando de forma retroactiva el Real Decreto que les otorgaba la condición de ciudadanos europeos, lo que permitió dictar diferentes sentencias que anulaban las expulsiones y la prohibición de volver a España aplicadas a ciudadanos que fueron acordadas bastante antes de producirse el ingreso de Rumania y Bulgaria en la UE, entre agosto de 2001 y abril de 2003.

Según estas resoluciones, a la situación de estas personas debían de aplicarse las circunstancias que derivaban del ingreso de sus países en la Unión Europea. La Sala Tercera del Supremo aplicó dicha norma a estos casos, pese a tratarse de expulsiones anteriores a enero de 2007, teniendo en cuenta su propia jurisprudencia, que señalaba de forma reiterada que *"el principio de retroactividad de las normas administrativas sancionadoras obliga a aplicar retroactivamente dichas normas en todo aquello que pudiera ser más beneficioso para el presunto infractor"...* *"Por obra de la evolución sobrevenida del ordenamiento jurídico, la específica conducta por la que el actor fue en su día castigado ha dejado de estar tipificada como infracción administrativa para él y para los ciudadanos de su misma nacionalidad, por lo que carece de sentido mantener una sanción referida a una conducta que ha dejado de merecer un juicio de desvalor para el legislador"* (entre las referidas resoluciones, la STS Sala 3ª de lo Contencioso Administrativo, de fecha 12 de febrero de 2008.

Esta ampliación tuvo como consecuencia la aprobación por el Consejo de Ministros de un acuerdo por el que se establecía un periodo transitorio para la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena de ambos países que se fijó, en principio, en dos años a partir del 1 de enero de 2007.

En dicho acuerdo se contemplan medidas para regular el acceso de estos ciudadanos al mercado de trabajo español, sin afectar al resto de libertades. Así, únicamente se preveía la expulsión "*si existían motivos graves de orden público o seguridad pública*".

Por su parte, la Circular de Fiscalía General del Estado 3/2001 en relación a la anterior redacción del art. 89 C.P. indicaba que difícilmente podría ser este precepto aplicado a un ciudadano comunitario, constatando por lo demás la dificultad adicional para que la medida resultase efectiva, como era la existencia de un espacio común sin fronteras creado por las normas de Schengen. Por ello la Circular daba instrucciones a los Fiscales para que con carácter general y salvo supuestos excepcionales, informaran negativamente las solicitudes de expulsión relativas a ciudadanos comunitarios y asimilados que, al amparo de lo previsto en los artículos 57.7 LOEX y 89 CP, les trasladaran para informe los órganos judiciales competentes, siendo esos supuestos excepcionales reconducidos a las razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública.

Únicamente debía tenerse en cuenta respecto a las indicaciones contenidas en la citada Circular 3/2001, que con posterioridad se promulgó el Real Decreto 178/2003, de 14 febrero que regulaba la materia relativa a la libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea, Confederación Suiza y de los nacionales de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y por tanto, a los ciudadanos suizos y a los miembros de sus familias les debía ser de aplicación el mismo tratamiento que a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y a sus familiares.

En cuanto a la práctica en los Tribunales anterior a la reforma, podemos indicar que cuando se trataba de extranjeros nacionales de un estado perteneciente a la Unión Europea, el criterio a aplicar era que los ciudadanos comunitarios, debido al espacio común europeo y al principio de libre circulación por todos los países de la Unión Europea, no eran equiparables a los extranjeros no residentes legalmente en España,

sino que se equiparaban más bien a los extranjeros residentes legalmente en España, sin perjuicio de que se pudiera solicitar el cumplimiento de la pena en el país de que eran nacionales.

El Tribunal Supremo en sus sentencias, entre otras, de 8 y 28 de septiembre de 2005 y 30 de marzo de 2006 estimaba que no cabía la expulsión de estos ciudadanos.

Por lo demás, hay que añadir que la potenciación de la libertad de circulación en el espacio Schengen (países de la Unión Europea, países del Espacio Económico Europeo y Suiza), hacía que la expulsión de un nacional de estos países fuera una medida difícilmente ejecutable, al no existir control entre las fronteras de esos países.

Sin embargo, como hemos dicho este tratamiento privilegiado del ciudadano comunitario sufrió un cambio radical en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal en cuyo artículo 88, apartado 1º preveía la expulsión general de “*los ciudadanos extranjeros*”, por lo que era posible incluir también dentro de esta medida a los ciudadanos comunitarios.

Como hemos expuesto, esta previsión fue duramente criticada por el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de reforma, por entender que lo más conveniente era excluir del ámbito de la expulsión judicial a los ciudadanos comunitarios y sus familiares, dejando en manos de la autoridad gubernativa competente la tramitación de aquellos expedientes sancionadores que conforme a la norma de transposición de la anterior Directiva, el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, podían fundarse en la infracción de su artículo 15.

Añadiendo dicho informe, que para que el artículo 88 fuera respetuoso con los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión Europea debería establecer un régimen perfectamente diferenciado de la expulsión sustitutiva penal según que los afectados fueran comunitarios o no, y dentro de los primeros, debería distinguir entre quienes fueran residentes de larga duración y los que no lo fueran.

Por lo que legislador en el Proyecto de Reforma (texto que al final fue el aprobado) si bien siguió manteniendo en el número uno del artículo 88 C.P. la expresión

“*ciudadanos extranjeros*”, introdujo un segundo apartado en el número cuatro en el que prescribe la normativa aplicable a los ciudadanos de la Unión Europea, señalando que “*la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales*”. Añadiendo que “*si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además:*

- a) hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza;*
- b) hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. Siendo en esos supuestos de aplicación lo dispuesto en el número dos de este artículo.”*

De lo que se concluye que esta medida se contempla con carácter excepcional para aquellos supuestos en los que su autor represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública y deberá ajustarse al principio de proporcionalidad, dado que según lo establecido en el párrafo primero y segundo del art. 89.4 C.P. no procederá la sustitución cuando la expulsión resulte desproporcionada, en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, antecedentes y circunstancias personales del extranjero, limitándose la misma a los casos en que la conducta constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad. Y así, al ciudadano de la Unión Europea (no a otros ciudadanos de otros países del EES) no se le podrá expulsar excepto por motivos de orden público o seguridad pública, y si además ha residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores, sólo cuando concurren motivos imperiosos de seguridad pública¹⁸⁹.

¹⁸⁹ GONZALEZ CUSSAC, J.L. Comentarios a la reforma del Código Penal 2015. Direct. Tirant lo Blanch. Valencia 2015.

Por lo que podemos concluir, que si bien con la presente reforma lo que parece es que la medida de la expulsión venga a imponerse a aquellos extranjeros que carezcan de verdaderos vínculos o arraigo en nuestro país, esto es, a extranjeros en tránsito con meros permisos de estancia, en situación irregular por dejación voluntaria o mera desidia -caducidad del permiso- o llegados de manera fraudulenta a España, debiendo analizar en todo caso el juez o tribunal un examen concreto, circunstancial e individualizado de cada supuesto en concreto, ello no es así, porque la misma supone un verdadero retroceso en las garantías y derechos de los ciudadanos extranjeros, es contraria a los derechos humanos y desatiende la finalidad preventivo-especial de la pena, lo que suscita dudas respecto a su constitucionalidad (art. 25 C.E.).

Y así vemos como la medida de expulsión continua vinculada a razones de orden público, a reforzar la seguridad del Estado y la tranquilidad pública, resultando así ser un producto más de lo que se ha denominado el “Derecho penal del enemigo”¹⁹⁰, en cuanto encierra una especie de lucha contra determinados sujetos, pues ante un mismo hecho delictivo, el nacional no es expulsado y sí el extranjero, por lo que lo que verdaderamente se está castigando, más que la culpabilidad, es la peligrosidad del colectivo al que pertenece el delincuente, el grupo de riesgo al que se asocian “los extranjeros”, lo que de ninguna manera es conciliable con el Estado de Derecho y con el fin retributivo de la pena, máxime cuando su aplicación no supone la comisión de delitos especialmente graves, dado que la reciente reforma, ha rebajado el umbral mínimo para la expulsión de los extranjeros a las penas de prisión a partir de un año.

Así mismo resulta también interesante recordar la última jurisprudencia del TEDH que ha trasladado su doctrina en materia de asilo, como fundamento para restringir las decisiones sobre la expulsión de extranjeros, al considerar que la expulsión se ajustaría a lo establecido en el art. 8 CEDH de 1950 (derecho a la vida familiar) si respeta el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto (duración de la residencia, trayectoria vital, voluntad de integración, antecedentes penales, naturaleza y gravedad de los delitos cometidos, existencia o ausencia de vínculos con su país de origen, dependencia económica ...) y valorando si

¹⁹⁰ La doctrina del Derecho penal del enemigo, elaborada por Gunther Jakobs, establece una diferencia entre dos modelos de Derecho penal: el del ciudadano y el del enemigo, siendo las notas esenciales de este último: la anticipación de la punibilidad para evitar la comisión de hechos futuros, la desproporcionalidad de las penas, la restricción de garantías y derechos procesales y determinadas regulaciones en la ejecución de la condena, como la limitación de los beneficios penitenciarios.

la medida resulta “necesaria para una sociedad democrática”, en relación con los fines de tutela del orden público y prevención del delito (entre otras, STEDH Ünner vs Holanda 18 de octubre de 2006)¹⁹¹.

b) Presupuesto temporal.

1. En cuanto al momento en que puede adoptarse la expulsión y si es necesario para adoptarla la previa existencia de un escrito de acusación, la Fiscalía General del Estado, rectificando el criterio establecido en la Consulta de 2/90 de 10 de octubre, en la que se indicaba que resultaba preciso la existencia de previa de un escrito de acusación, siendo improcedente en una fase anterior del procedimiento, indicó en su Circular 1/94 de 15 de febrero que era suficiente que se hubiera producido en las Diligencias Previas la imputación del extranjero para poderse dictaminar sobre la procedencia de la expulsión, por lo que una vez el extranjero haya adquirido la condición de imputado, es decir, se haya puesto en conocimiento del mismo el hecho punible objeto de las Diligencias Previas, y se le haya ilustrado de sus derechos y de modo especial de la designación de abogado defensor y se le haya permitido su exculpación a través de la correspondiente declaración, ya puede resolverse sobre la petición de expulsión en las mismas Diligencias Previas. En este sentido se pronunciaba la STC 24/2000, al señalar que “*una vez que el extranjero haya adquirido la condición de imputado, nada impide que pueda resolverse sobre la petición de expulsión en las diligencias previas*”.

2. Respecto al momento que debía tenerse en cuenta para calificar de residente legal o ilegal al delincuente extranjero, en la anterior redacción del precepto, consideraba la doctrina que el momento jurídicamente relevante era el de enjuiciamiento de los hechos, ya que la decisión debería ser adoptada en sentencia, o en un auto posterior motivado, tal y como preveía la reforma del Código Penal operada por L.O. 15/10, de 22 de junio, de forma que si el imputado inicialmente carente de residencia, obtuviere residencia legal durante la tramitación de la causa, no podría ser objeto de expulsión sustitutiva, y a la inversa ¹⁹², por lo que la fecha determinante era la que se celebraba el juicio, o si se

¹⁹¹ IGLESIAS RIO, M.A. Ob. Cit.

¹⁹² DE LA ROSA CORTINA, J.M. “La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la reforma de la L.O. 11/2003.” La Ley. Año XXV. Número 6042, 17 de junio de 2004.

TOME GARCIA, J.A. “Intervención del Juez Penal en la expulsión de extranjeros”. Editorial Colex. 2006.

había diferido a la fase de ejecución, el momento de dictarse el correspondiente auto, dado que la ley no exigía que fuera el de comisión del delito. Esta cuestión es ahora baladí tras la reforma operada por la L.O. 1/2015, dado que como se ha expuesto, se ha suprimido toda referencia a la condición de legalidad o ilegalidad administrativa del extranjero objeto de esta medida de expulsión.

3. En relación al momento preclusivo a partir del cual ya no sería posible solicitar la autorización para la expulsión administrativa consideramos, como así lo entiende la jurisprudencia, que abarcaría hasta el momento anterior a la firmeza de la sentencia condenatoria¹⁹³.

4. Por el contrario el espacio temporal en que acordar la expulsión sustitutiva será en la sentencia o en un auto posterior motivado, tal y como recogió la reforma del Código Penal operada por L.O. 15/10, de 22 de junio, e incluso en la fase de ejecución de esta, como se expondrá. Idéntica regulación se ha mantenido en la reciente modificación del precepto.

Sobre este tema volveremos a hablar de forma más amplia en el apartado relativo al procedimiento.

5. Presunción y prueba de la falta de arraigo.

ONTIVEROS VALERA, F. “El extranjero autor de infracciones penales.” Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. II-2001. “Con anterioridad a la reforma de 2003 se mantuvo que el momento determinante para calificar la residencia era el de la ejecución. En este sentido se cuestiono en qué momento debía calificarse la situación del extranjero para determinar si era o no legal; es decir, si debía estarse al momento de la comisión delictiva o al momento de la ejecución de la sentencia. La doctrina entiende que en este último momento, con el argumento que en la aplicación de otros sustitutivos se ponderan diversas circunstancias posdelictuales”.

¹⁹³ En este mismo sentido, la Memoria de la Fiscalía del TSJ del País Vasco correspondiente al año 2003 consideraba que no existe un momento preclusivo para solicitar la autorización de expulsión, pudiendo instarse la misma hasta que la Sentencia alcance firmeza. Apoya tal conclusión en la doctrina de la Sección quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona «formulando una interpretación gramatical de este precepto, apartado tercero del art. 3 del Código Civil, no podemos encontrar que señale la existencia de este momento preclusivo. El precepto hace referencia al extranjero que se encuentre procesado o inculcado.» Prima facie» debemos advertir que dichos términos son lo suficientemente amplios para referirse al sujeto pasivo de la acción penal a lo largo del proceso, hasta que recaiga Sentencia firme, ya que si bien «strictu sensu» procesado es aquel sujeto contra el que existen indicios racionales de criminalidad y contra el que se dicta un Auto de procesamiento en el Proceso Ordinario, art. 384 LECrim, inculcado es un sustantivo con un contenido lo suficientemente amplio para abarcar cualquier momento procesal hasta que recaiga Sentencia firme».

En la anterior redacción del precepto que nos ocupa, un presupuesto previo a la decisión de sustituir la pena por la expulsión, era la constatación de la falta de residencia legal del extranjero, y la carga de la prueba sobre este extremo correspondía a la acusación, por lo que si el acusado no probaba su residencia legal y tampoco probaba la acusación su residencia ilegal, la duda en torno a este asunto había de interpretarse a favor del acusado (AAP Badajoz, nº 108/2004, de 22 de junio, AAP Zaragoza, nº 171/2005, de 16 de febrero, entre otras).

Y así señalaba la STS 919/1999, de 2 de junio, que este dato debía estar debidamente acreditado en la causa. A tal efecto el extranjero podrá probar su situación mediante el pasaporte o documento de viaje que acreditara su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según correspondiera, pero en el caso de no hacerlo se procedería por parte del Juzgado a librar el correspondiente oficio a las Brigadas de Extranjería y Documentación para que expidiesen certificación en la que se especificase si el imputado o acusado estaba amparado por una autorización de residencia, sí la había solicitado, o si por cualquier otro título administrativo se encontraba residiendo legalmente en España; certificación que debía incorporarse a la causa, constituyendo dicho documento prueba suficiente acreditativa de la situación irregular del extranjero en nuestro país, sin perjuicio de que el mismo pudiera aportar al procedimiento otros elementos probatorios para enervar dicho principio de prueba. No obstante nada obstaba a prescindir de dicha certificación, si el propio extranjero reconocía no disponer de tal autorización de residencia.

También había de tenerse en cuenta que la posesión del NIE (número de identidad del extranjero) no acreditaba la residencia legal en España del mismo (art. 206 REX.), pues dicho documento tan solo se expide a efectos de mera identificación, cuando se le hubiera incoado un expediente administrativo en virtud de lo dispuesto en la normativa sobre extranjería.

Pues bien, suprimida por la reciente reforma toda referencia a la residencia legal o no del extranjero en nuestro país, y estableciendo el actual art. 89.4 en su párrafo primero que *“no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y de las personas del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada”*, consideramos también que la carga de la prueba sobre la falta de arraigo del extranjero en nuestro país deberá corresponder a la acusación

durante la tramitación del procedimiento, pero fundamentalmente en la fase del plenario o en el momento de la ejecución de la sentencia firme - en aquellos supuestos en que se haya diferido la decisión sobre la sustitución de la pena a un momento posterior a la sentencia- debiendo optar el juez o tribunal por la no procedencia de tal medida en caso de duda, debiendo ser el penado oído con carácter previo a la adopción de la misma, tanto cuando se acuerde en sentencia o en auto, y tanto cuando se opte por la sustitución como cuando no, debiendo en todos estos casos dictarse una resolución fundada y motivada, a fin de que el extranjero pueda ejercitar su derecho a la defensa en el ulterior recurso a presentar contra dicha resolución, y conocer las causas en las que se ha basado y fundamentado el tribunal para resolver, y siempre previa audiencia del mismo, constituyendo la audiencia del penado un requisito preceptivo y previo al dictado de la sentencia o auto correspondiente, tal y como ha establecido nuestro Tribunal Constitucional (STC 242/1994, de 20 de julio), no siendo suficiente lo meramente expresado por su representación letrada (SAP Madrid 243/2014, de 2 de abril).

c) La pena.

i) Introducción.

El artículo 89.1 párrafo primero exigía para hacer posible la expulsión del extranjero, además del requisito de la falta de residencia ya estudiado, que éste hubiera sido condenado a una pena privativa de libertad inferior a seis años, estableciendo que “ *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...aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España*” .

Estableciendo el apartado 5 que “*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 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.*”

En clara interpretación con el texto del citado artículo en su apartado primero, no cabía duda de que lo relevante para determinar la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no sería la pena abstracta señalada al delito, sino que habría de tenerse en cuenta la concreta pena que se le había impuesto al extranjero en la sentencia, pues el precepto hablaba de penas privativas de libertad inferiores a seis años “*impuestas*”, de lo que se desprende que se refería a la pena concretamente aplicada al caso, con independencia de cuál fuera la pena con que estuviera sancionado el delito en abstracto. Afirmación esta recogida por el Tribunal Supremo en Sentencia 530/2008, de 19 de junio y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 187/2014, de 11 de febrero.

Por ello, procedería la expulsión sustitutiva cuando el extranjero fuera condenado por un delito que llevara aparejada pena superior a los seis años, si por la concurrencia de eximentes, semieximentes, circunstancias modificativas, grados de ejecución o de participación o arbitrio judicial autorizado por las reglas penológicas, la pena impuesta en concreto no alcanzara ese tope de seis años, y ello con independencia de la gravedad del delito. Esta es la conclusión que se estableció en la Circular 3/2001, en relación con el texto original del artículo 89 C.P. y en la Circular 5/2011¹⁹⁴

A raíz de este límite penológico se planteaba alguna cuestión dudosa:

a) ¿Era posible la expulsión cuando en una misma sentencia el reo fuera condenado a varias penas, todas ellas inferiores a los seis años de privación de libertad, pero que sumadas excedieran de dicho límite?

La cuestión, como se ha apuntado, era dudosa. Se defendía la limitación en base a la utilización del plural por el artículo 89.1 C.P. “*las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas...*”, así como razones preventivas generales y de reafirmación del ordenamiento penal, los cuales operarían en favor de la interpretación favorable a excluir la sustitución cuando la suma de las penas impuestas excediera del límite de los seis años.

¹⁹⁴ subraya que aunque la pena señalada para el delito fuera superior al límite de los seis años, cabe la expulsión cuando, ya como consecuencia de la concurrencia de eximentes, circunstancias modificativas, grados de ejecución o de participación, ya como consecuencia del arbitrio judicial autorizado por las reglas penológicas, se impusiera una pena inferior a aquél límite.

Pero la solución no era pacífica como se ha dicho, y así algún autor ¹⁹⁵ vino a indicar que el precepto ciertamente no lo impedía, dado que de la lectura del artículo 89 C.P. se desprendía que se refería a penas que se impusieran, con carácter general, y nunca al resultado de la resolución condenatoria, pues en otros supuestos sí se establecía como límite la suma de las penas impuestas. Un ejemplo de ello era el artículo 81.2^a C.P. cuando, en su redacción anterior a la reforma, trataba la posibilidad de la suspensión de la ejecución de las penas de prisión, y establecía como segundo requisito que la pena o penas impuestas, “o la suma de las impuestas”, no fuera superior a dos años.

Así mismo se añadía que el artículo 801.1.3^o de la LECRIM. al referirse a la conformidad establece como condición para su aplicación que “la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión”, de lo que se concluía que cuando el legislador quiere establecer como límite no sólo la duración de cada pena individualmente considerada, sino la suma de las impuestas en una misma sentencia, así lo indicaba expresamente, por lo que al no hacerse mención expresa en el artículo 89 a la suma de las penas impuestas, nada impedía que pudiera ser aplicada la expulsión cuando la suma de las penas privativas de libertad impuestas excedieran de dicho límite, siempre y cuando cada una de las penas individualmente no excediera de seis años. Aunque de todas formas esto no significaba que en estos casos la sustitución fuera automática, ya que en supuestos de extrema gravedad, indicaba el referido art. 89.1 se podía apreciar razones que justificaran el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

En defensa de esta postura se sostuvo, que lo definitivo era la pena impuesta por cada delito, y que el tenor literal del precepto al usar el plural abogaba por este criterio¹⁹⁶, pues el citado artículo en ningún momento hablaba del resultado globalmente considerado en la resolución condenatoria.

¹⁹⁵ UBEDA DE LOS COBOS, J.J. “El extranjero sin residencia legal en España condenado a una pena de prisión. Especial referencia al art. 89 del C.P.” Colección de Cuadernos Digitales de Formación. Año 2008.

¹⁹⁶ PALOMO DEL ARCO: Ob. cit.

En apoyo de esta tesis se pronunció también la STS de 23 de noviembre de 2005.¹⁹⁷ Igual era el criterio de la Circular FGE 2/06 al admitir la posibilidad de la expulsión sustitutiva en caso de varias penas que sumadas superasen los seis años de privación de libertad, pues esta era la interpretación gramatical que se desprendía del artículo 89 C.P.

En contra de lo expuesto se pronunció algún autor¹⁹⁸, que consideró que “*si las penas impuestas suman más de seis años, se tendrán en cuenta cada una de ellas para proceder a la sustitución*”, y así mantenía que una interpretación sistemática, en relación con la otra gran forma sustitutiva de la ejecución regulada en el mismo capítulo III, nos llevaba a la admisibilidad de la expulsión en estos supuestos, por lo que cuando el Código regulaba la suspensión de la ejecución, imponía el límite de que la privación de libertad impuesta no fuera superior a los dos años pudiendo superarse este límite, bien por la concurrencia de una única pena superior, bien por varias inferiores a dos años pero que sumadas lo rebasaran, de lo que se desprendía que podía entenderse que si la Ley no había incorporado una cláusula limitativa análoga en el artículo 89 CP era porque no quería en estos casos constreñir la operatividad de la expulsión sustitutiva.

Ante lo expuesto considerábamos que quizás la solución sería dar un margen de flexibilidad a los jueces y tribunales para que, ponderando las circunstancias concurrentes y especialmente la naturaleza de los delitos pudieran optar por acordar la ejecución de las penas que acumuladas exceden de seis años o la expulsión sustitutiva de cada una de ellas.

ii) Sustitución íntegra y parcial de la pena.

De todas formas también la reciente reforma del Código Penal introduce una novedad en este ámbito, sentando el nuevo artículo 89.1 como norma, la sustitución imperativa de las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano

¹⁹⁷ “No obstante tal estimación conlleva que la suma de las penas resultantes al delito de detención ilegal y a la falta de lesiones, no superarían el límite de los seis años, por lo que no se plantearía la polémica doctrinal sobre si es aplicable el art. 89.1 C.P. en el caso de varias penas impuestas en la misma condena, inferiores cada una de ellas a seis años, pero que conjuntamente lo superan, dado que el citado precepto a diferencia del art. 81.2 relativo a la suspensión, no especifica si se refiere a la suma o conjunto de penas impuestas en la misma sentencia, o a cada una de ellas consideradas, inclinándose la doctrina más autorizada por que lo definitivo es la pena impuesta por cada delito, por cuanto el tenor literal del precepto al usar el plural (las penas privativas de libertad inferiores a seis años...) aboga por este criterio”.

¹⁹⁸ RIOS MARTIN, J.C. “Manual de ejecución penitenciaria: defenderse desde la cárcel” Ed. Colex, 2001.

extranjero por expulsión a su país de origen, lo que unido al hecho de que la expulsión se hace extensible, como hemos estudiado, a cualquier extranjero ubicado en territorio español, hace que el cambio sea relevante, puesto que hasta ahora la sustitución, también preceptiva en su caso, se refería a *“las penas privativas de libertad inferiores a seis años”* impuestas a extranjeros sin residencia legal.

Establece el actual art. 89.1 que *“Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español.*

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”.

El apartado 2º art. 89 preceptúa que *“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”.

Observamos como la reforma del Código Penal en este aspecto limita en primer lugar la posibilidad de la expulsión judicial de extranjeros -residentes o no- sólo a las penas de prisión superiores a un año por delitos dolosos, frente a la anterior regulación que la hacía extensible a todas las penas privativas de libertad. Se destierran pues, con la reforma las demás penas privativas de libertad, en particular, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y las penas de prisión de un año e inferiores.

Y además prevé una pena suelo -un año y un día de prisión- por debajo de la cual no es posible sustituir la pena de prisión por la expulsión, a diferencia de la regulación anterior, que como hemos visto establecía una pena techo de seis años de prisión.

Por lo que se distinguen tres grupos de penas, en atención a la clase y duración de la misma: a) penas de prisión inferior a un año y resto de penas privativas de libertad diferentes de la de prisión de un año, para las que no se prevé la sustitución judicial, entendiéndose que en su caso, sería de aplicación la normativa administrativa correspondiente (art. 57.2 LOEX); b) penas de prisión superior a un año y c) penas de prisión: o bien superior a cinco años, o bien varias inferiores pero que en suma superan los cinco años de prisión. Para estos dos últimos supuestos se prevé la posibilidad de sustitución total o parcial.

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 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 tercer grado penitenciario.

Para las penas de prisión superiores a cinco años (individuales o conjuntamente entre varias), se establece un criterio de sustitución parcial, por lo que el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de todo o parte de la pena, acordando la sustitución cuando: a) se cumpla la parte no señalada de cumplimiento, b) cuando alcance el tercer grado de tratamiento penitenciario o c) cuando le sea concedida la libertad condicional.

Por lo que se establece la posibilidad de exigir un tiempo de cumplimiento en España -hasta un máximo de 2/3 de la pena impuesta- en ciertos casos, si así lo decide el Juez o Tribunal (en el supuesto de haber sido condenado a la pena de prisión de más de un año), o si el penado accede al tercer grado de tratamiento penitenciario y/o a la libertad condicional (cuando la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años). Y estos casos vienen determinados a *“cuando sea necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”*, términos estos susceptibles de diversas interpretaciones que otorgan a los jueces y tribunales un amplio margen de discrecionalidad que supondrá que, inevitablemente, cada órgano judicial siga su criterio, que mayoritariamente será, según

la experiencia en la interpretación de la normativa actual, el de los que consideran que la expulsión sustitutiva constituye un déficit en la función de prevención general de la pena, que desactivaría el fin preventivo disuasorio de aquella, establecido en la norma penal, lo que consideramos supondrá un quebranto a los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), de igualdad (art. 14 CE), de legalidad y de taxatividad .

Por otro lado, se rebaja el límite de las penas íntegramente sustituibles por expulsión de los 6 años al límite de los 5 años y, frente a la anterior regulación, en la que las penas inferiores a seis años de privación de libertad podían ser sustituidas en su integridad por la expulsión del territorio nacional, en la reciente reforma se fija el límite de la expulsión sustitutiva, sin previo cumplimiento de parte de la pena, a cinco años de prisión.

El anteproyecto establecía este límite en los tres años, que el CGPJ en su informe, entendió como límite acertado, al considerar que estaba en consonancia con la rebaja de la penalidad para los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes, delito mayoritario entre la población reclusa extranjera, llevada a cabo por LO 5/2010, de 22 de junio , que vino a establecer como pena del tipo básico de este delito -tráfico de drogas de sustancias que causan grave daño a la salud- la pena de prisión de tres años a seis años. Esta rebaja de las penas, suponía que todos aquellos extranjeros irregulares que introdujeran drogas que causan grave daño a la salud, podían ser de facto castigados sólo con la expulsión, por cuanto que la pena era inferior a los seis años y, por tanto, de obligada sustitución por expulsión según la regulación anterior del art. 89 CP .

Pero a pesar de esta observación el proyecto estableció, y así ha sido aprobado, el límite de la expulsión íntegra en los 5 años, por equiparación con el límite que el Código Penal establece para diferenciar las penas graves de las menos graves, pues con el límite de los tres años del anteproyecto se dejaban fuera de la expulsión judicial, una horquilla importante de posibles expulsiones con relación a la regulación aprobada del límite de los cinco años.

No obstante, la reforma excepciona de la sustitución íntegra (art. 89.1 C.P.) aquellos supuestos en los resulte necesario “*asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito*” - prevención general de la pena-. En estos casos, el Juez o Tribunal podrá acordar la

ejecución de una parte de la pena en España, que no podrá ser superior, en ningún caso, a los dos tercios de su extensión. También se prevé que en estos mismos casos -penas inferiores a 5 años- se sustituya el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando aquel acceda al tercer grado de tratamiento penitenciario o le sea concedida la libertad condicional.

Por otro lado, en la sustitución parcial en las penas superiores a los 5 años (art. 89.2) se deja a la libre decisión del Juez o Tribunal la parte de la condena que el extranjero debe de cumplir en España, y así frente a la anterior regulación en la que las penas de privación de libertad superiores a seis años, podían ser sustituidas por la expulsión, sólo una vez cumplidas las 3/4 partes de la pena, o conseguido el tercer grado de clasificación penitenciaria, con la actual reforma se deja a la libre decisión del órgano judicial la parte de la condena que el extranjero debe de cumplir en España en los casos de las penas superiores a cinco años y, como en el supuesto de la sustitución íntegra, cuando ello sea necesario para asegurar la defensa del orden público y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito -prevención general de la pena-.

Sin embargo el proyecto de reforma tras haber pasado por el informe de los órganos consultivos, también incorporó, y así fue aprobado, la posibilidad de que esta expulsión parcial se consiga al obtener el penado extranjero el tercer grado y/o la libertad condicional, circunstancias que no preveía el anteproyecto.

De lo expuesto se concluye que frente a la imperatividad impuesta de la expulsión del extranjero del territorio nacional cuando resulte condenado a una pena de prisión superior a un año, de forma potestativa puede el juez o tribunal acordar la ejecución de una parte de la pena (es decir su cumplimiento en un centro penitenciario), que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, siempre y cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, pero en todo caso, una vez el extranjero cumpla el periodo decretado, o acceda al tercer grado penitenciario, o le sea concedida la libertad condicional, el resto de la pena le será sustituida por su expulsión del territorio nacional, lo que plantea la posible existencia de la infracción del principio “non bis in idem”, pues la expulsión puede ser concebida como un doble castigo, ya que por un lado se

procederá a la ejecución de la pena de prisión y por otro a la posterior expulsión, lo cual no equivaldría a la sustitución de aquélla, sino a su ejecución cumulativa¹⁹⁹.

Dicho esto, y sin perjuicio de ahondar más a lo largo de este trabajo en lo expuesto, tan solo haremos una breve referencia a otras cuestiones que también se planteaban como dudosas con anterioridad a la actual reforma y que a raíz de la misma han quedado clarificadas.

Pena de prisión inferior a tres meses.

En cuanto a si era posible la expulsión de una pena de prisión inferior a tres meses de duración, había que señalar que el artículo 71.2 C.P. establecía que cuando se impusiera una pena de prisión inferior a los tres meses sería “*en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección 2ª del capítulo III*”. Dicho precepto debía relacionarse con el artículo 88.3 C.P. que disponía que “*en ningún caso se pueden sustituir penas que sean sustitutivas de otras*”, por lo que si la sustitución por multa, localización permanente o por trabajos en beneficio de la comunidad era preceptiva y no cabía la sustitución de la pena sustituida, no resultaba inviable la aplicación del artículo 89.1 C.P. a estas penas. Esta es la postura que recogía la SAP de Madrid (Sección 16) de 20 de abril de 2004 y la Circular de la Fiscalía General 2/06.

En la actualidad esta cuestión ha quedado resuelta, dado que según la nueva redacción dada al art. 89.1, no cabe la sustitución de penas de prisión de un año o inferiores a esta.

La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y trabajos en beneficio de la comunidad.

Pese a la calificación de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa como pena privativa de libertad, conforme al artículo 35 CP, entendía la citada Circular FGE 2/06 que no debía incluirse como pena susceptible de fundamentar la expulsión sustitutiva, pues la aplicabilidad de ésta era incierta en el momento de dictar sentencia por su propia naturaleza subsidiaria, pues no podemos olvidar que el momento

¹⁹⁹ Enmienda nº 122 del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural. BOCG, de 10 de diciembre de 2014.

del dictado de la sentencia es el momento natural y ordinario para acordar la sustitución (aunque tras la reforma operada por la L.O. 5/2010 también podía acordarse en auto posteriormente al dictado de la sentencia), y hacer depender la puesta en marcha de la expulsión de la disponibilidad de recursos económicos para hacer frente al pago de la multa, podía incorporar un criterio discriminatorio no justificado.

No obstante se consideraba que si la pena de prisión había sido sustituida legal o facultativamente por la pena de multa, si se acordará posteriormente la revocación de la sustitución por impago de la multa o insolvencia del extranjero, si cabría su sustitución por la expulsión del territorio nacional, sin que un pago posterior pudiera tener trascendencia estos efectos.

Había sin embargo autores favorables a incluir la responsabilidad personal subsidiaria como habilitadora para acordar la expulsión.²⁰⁰

En cuanto a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, era claro que no procedía su sustitución por la expulsión y si policialmente se solicitaba y administrativamente se acordaba, la misma no podía ser efectiva hasta el cumplimiento de esta pena.

De todas formas, y como hemos indicado, con la referencia que se hace en la actual redacción dada al art. 89 del Código Penal por la L.O. 1/2015 a “*las penas de prisión*” se destierran de la expulsión sustitutiva las demás penas privativas de libertad - y en particular, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y la localización permanente- y las penas de prisión de un año o inferiores, previsión que según el Informe del Consejo General del Poder Judicial de fecha 16 de enero de 2013, no solo se ajusta al artículo 57.2 de la LOEX, sino de modo fundamental al principio de proporcionalidad.

Sin embargo, el Consejo Fiscal, interpretando este precepto, aconsejaba que en la tramitación de este apartado en el Proyecto se volviera al criterio vigente, esto es a que la expulsión pudiera abarcar cualquier pena privativa de libertad, con el fin de abordar

²⁰⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. Ob. cit. Dicho autor indica que “La inclusión de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa entre las penas privativas de libertad (art. 35) permite igualmente su sustitución por la medida de expulsión, aunque resulte obvio que el art. 89 se ha redactado pensando exclusivamente en las penas de prisión”; en el mismo sentido se pronuncia POZA CISNEROS, M. Ob. Cit.

adecuadamente los casos en que la norma penal se pueda utilizar como burladero para eludir el cumplimiento de la norma administrativa; y porque es precisamente en el ámbito de los delitos de menor gravedad donde más justificada se halla la prevalencia de los fines de la política migratoria sobre los fines de política criminal. Piénsese que si la comisión de delitos de escasa entidad –delitos leves de hurto por ejemplo- conduce a la imposición de una pena de prisión inferior a un año, la comisión de infracciones penales puede convertirse en un medio útil de eludir la aplicación de la normativa de extranjería al que podrán recurrir extranjeros en situación irregular.

En cuanto a la posibilidad de sustitución en supuestos de penas privativas de libertad impuestas por falta, aunque la pena de localización permanente propia de algunas faltas es una pena privativa de libertad (art. 35 C.P.) y el artículo 89 C.P. no distinguía entre penas que pudieran haber sido impuestas tanto por delitos como por faltas, considerábamos que no resultaba factible la expulsión por la comisión de faltas, debiendo ser la pena impuesta por delito, no siendo suficiente una condena a pena privativa de libertad por una simple falta para posibilitar la expulsión sustitutiva, pues incluso desde el punto de vista práctico, la expulsión en vía penal por la comisión de una simple falta generaba una problemática que en todo caso hacía desaconsejable su uso.

De igual forma entendíamos que la alusión que hacía el art. 89.1, párrafo primero a su cumplimiento en un centro penitenciario, parecía sugerir que se estaba refiriendo a la prisión. En igual sentido el punto 5 del art. 89 del C.P. se refería a cualquier pena privativa de libertad, para seguidamente aludir al grado penitenciario o al cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, que obviamente era en centro penitenciario.

De todas formas existió alguna resolución favorable a admitir la expulsión sustitutiva en juicio de faltas²⁰¹.

²⁰¹ La SAP Albacete 17/04 de 2 de febrero (Ilmo. Sr. D. José García Bleda) (Juicio de Faltas núm. 243/03) estima el recurso de apelación del Fiscal contra la sentencia dictada y accede a la solicitud de éste de que se proceda a la expulsión del condenado al tratarse de extranjero ilegal (rumano) en España que ha sido condenado a pena privativa de libertad -3 arrestos de fin de semana- inferior a 6 años. La sentencia no se para en razonamientos y declara simplemente que «el artículo 89 del Código Penal permite sustituir la pena privativa de libertad inferior a 6 años impuesta a un extranjero no residente legalmente en España, supuesto que se da en el caso de autos, por lo que procede acceder al recurso del Ministerio Fiscal». Curiosamente en el fallo se sustituye la pena privativa de libertad de arresto de fin de semana por la expulsión del territorio nacional sin que pueda regresar a España en un plazo de tres años, desconociendo el tenor del art. 89 que establece el límite mínimo de diez años de prohibición de regreso.

Al referirse el nuevo precepto a las penas de prisión y al haber desaparecido las faltas de nuestro ordenamiento jurídico, ninguna referencia ha de hacerse más al respecto, salvo una dura crítica a esta supresión, por cuanto ello implica un Código Penal mucho más severo, pues acciones que hasta ahora no tenían una especial gravedad, y por eso eran consideradas faltas (por ejemplo hacer un graffiti en una máquina de tren) ahora pasarán a ser delitos agravándose con ello las consecuencias jurídicas y sociales de quienes las cometan (posibilidad de detención policial, antecedentes penales...), o se transformaran en sanciones administrativas o civiles, lo que también va a suponer un perjuicio para el ciudadano, ya que, entre otras cosas, se incrementarán los costes de defensa (pues deberá pagar los gastos del juicio si no le estiman su pretensión), reduciéndose con ello las posibilidades de acceder a la justicia. Aunque somos conscientes de que no es este el objeto del presente trabajo no queríamos dejar de hacer una breve referencia crítica a este aspecto tan importante introducido por la reforma.

Por último y en cuanto a si podría suspenderse la expulsión del territorio nacional por la solicitud de un indulto al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.4 C.P. la respuesta debe ser negativa, por cuanto el citado precepto hace referencia a la suspensión de la ejecución de la pena, y la expulsión del extranjero de territorio nacional no tiene esa naturaleza, al tratarse según dispone el artículo 96 C.P. de una medida de seguridad no privativa de libertad. Además el automatismo legal impuesto en el artículo 89 C.P. y la efectividad de su ejecución, como se estudiará, impide acceder a tal suspensión, argumento que se reforzaría cuando la pena y la medida se hubieren acordado en una sentencia de conformidad.

II.5 LA IMPERATIVIDAD DE LA SUSTITUCIÓN.

a) Valoración crítica.

El artículo 89 del Código Penal de 1995 en su redacción original estableció la expulsión facultativa. Dicha facultad fue mantenida en la reforma de dicho precepto introducida por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, sin embargo la modificación de

dicho precepto por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre supuso un cambio radical de postura, introduciendo la imperatividad de la expulsión para aquellos extranjeros, no residentes legalmente en España condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años, quitándole así el legislador al juzgador una facultad discrecional de primer grado otorgada por la Ley. Pero hay que decir que dicha reforma fue incluso más allá, al suprimir la audiencia previa al penado, y al exigir únicamente la motivación de la resolución cuando se acordara el cumplimiento de la pena.

En este sentido declaró la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de fecha 21.6.05 que dicho cambio “*supone un importante cambio en la filosofía general que inspiraba la expulsión de los extranjeros, de suerte que lo que era una excepción a la regla general de cumplimiento de las penas, ahora se invierte, con la finalidad de, conforme se recoge en la propia exposición de motivos de la ley, evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España, exigiéndose contrariamente la motivación de la decisión cuando, de forma excepcional, se estime que la naturaleza del delito exige y justifica el cumplimiento de la condena en prisión. Del texto legislativo, parece desaparecer el requisito de audiencia, y dado su automatismo, salvo excepciones, la necesidad de mayor motivación que la referencia al articulado en el que de forma taxativa se prevé la precitada sustitución*”.

Dicho automatismo de la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional sólo admitía una excepción, cuando el juez o tribunal, de forma motivada, apreciara que la naturaleza del delito justificara el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

La imperatividad de la sustitución fue duramente criticada por la doctrina²⁰² que vino a manifestar que debía legitimarse a los jueces y tribunales a sostener una decisión

²⁰² Sin ánimo de ser exhaustivos cabe citar a ASUA BATARRITA: “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*. 2001; CANCIO MELIÁ, M. “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 C.P.)”, en VV.AA., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid, 2005; CERES MONTES, J.F., “Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional”, en VV.AA., *Cuadernos de Derecho Judicial, num. 3: Las últimas reformas penales*, Madrid (CGPJ) 2005; DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M. (dir.) *Protección y expulsión de extranjeros en el Derecho penal*, Madrid 2007; GARCIA DEL BLANCO, I; “Problemas de legitimidad y aplicación de la expulsión como sustitutivo a penas privativas de libertad. A la espera de una inminente reforma en la legislación penal española” (en prensa); MONCLÚS MASO, M., *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*. Barcelona 2008; NAVARRO CARDOSO, FERNANDO, “Expulsión penal de extranjeros: Una simbiosis de derecho penal simbólico y

potestativa, fundamentalmente motivada que justificara la decisión adoptada según cada caso y de forma individualizada, por cuanto con dicho automatismo se podían vulnerar importantes derechos fundamentales ²⁰³.

También se indicaba que podía ser injusto que la única consecuencia para el culpable extranjero fuera la expulsión, mientras que si el mismo delito era cometido por un español, o por un extranjero residente legalmente en España, este debía cumplir la pena impuesta con independencia de que la amenaza de la pena en estos supuestos no serviría para disuadir de la comisión del delito, si el extranjero sabía de antemano que la única sanción a imponer en el hipotético caso de ser detenido y juzgado sería la expulsión automática de nuestro país. ²⁰⁴

Así mismo se argumentaba ²⁰⁵ que tanto en el supuesto del artículo 89.1 C.P., que hacía referencia a la pena privativa de libertad inferior a seis años, como en el apartado segundo de dicho artículo que se refería a la pena de prisión igual o superior a seis años, el acuerdo de expulsión había de tomarse en sentencia y a instancia del Ministerio Fiscal en el segundo de los dos casos, sin que el precepto indicara nada respecto a la audiencia del penado, a las circunstancias personales del mismo, y a la motivación de dicha resolución, lo que suponía un quebranto de los principios constitucionales, tales como el principio de contradicción y de audiencia, entre otros.

Ante esta situación la STS de 8 de julio de 2004 vino a mantener la tesis conforme con el ordenamiento jurídico común, de no aplicar estrictamente el mandato del citado precepto penal relativo a la expulsión automática del extranjero condenado, señalando que debía de hacerse un juicio de valor para cada caso concreto, tratando así de

derecho penal del enemigo”. *Revista de Derecho penal y Criminología* (17), 2006; PRAT WESTERLINDH, C, *Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Madrid, 2004; RODRÍGUEZ MESA, M.J. “La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica”, en VV.AA. *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Valencia, 2006; TERRADILLOS BASOCO, J. “Política europea de inmigración” en Libro Homenaje a la profesora Díaz Pita, 2008.

²⁰³ SANCHEZ MELGAR, J. (Coord.) *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*. 2ª Edición. Sepín editorial jurídica. Madrid 2006.

²⁰⁴ ORTS BERENGUER, E. y otros. “Seguridad y Ciencias Policiales, Últimas reformas penales sustantivas y procesales.” Ed. Alfa Delta Digital 2005

²⁰⁵ ORTS BERENGUER, E. Ob. Cit.

recuperar el vacío de la ley en cuanto a las circunstancias del penado, su arraigo familiar , social...²⁰⁶

La citada STS 901/2004, de 8 de julio, rechazó el automatismo de la expulsión inmediata de inmigrantes condenados, argumentando su rechazo por la individualización judicial de la pena, criterio este que también debía de aplicarse como es obvio, a las medidas sustitutivas de la pena de prisión. Dicho Tribunal desde dicha sentencia declaró que el citado artículo 89 C.P. debía ser aplicado tras el imprescindible juicio de ponderación entre los intereses enfrentados en juego, y por tanto con una motivación individualizada a la vista de las circunstancias concurrentes al caso, y muy singularmente desde una perspectiva constitucional a la vista de la colisión con bienes jurídicos que pudieran ser más relevantes que los meramente defendistas, y ello, ya se valorara la expulsión en clave negativa para el condenado, o en clave positiva, con el fin de evitar, en tal caso, el sentimiento de impunidad ante la comisión del delito que pudiera suponer su expulsión sin el cumplimiento de la pena²⁰⁷, pues la aplicación automática del citado precepto no haría más que promover la comisión de delitos graves dentro del territorio español, los cuales quedarían impunes, desvirtuándose así los efectos de prevención general y especial que tienen las penas.

En lo que se refiere a la modificación de dicho precepto introducida por la L.O. 5/10 de 22 de junio, hemos de señalar que pese a las citadas corrientes, tanto doctrinales como jurisprudenciales expuestas, como a los diversos Proyectos de reforma penal posteriores a la regulación prevista en la Ley 11/2003, que venían a suprimir el referido automatismo de la expulsión, la indicada reforma mantuvo la naturaleza obligatoria de la expulsión, aunque de una manera más abierta, ampliando las causas que podían justificar el cumplimiento de la condena en España al indicar que la misma se impondrá, *“salvo que el Juez o Tribunal... aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”*, todo ello frente a la regulación anterior que como hemos señalado, no admitía más excepción a la sustitución que la que venía dada con la propia naturaleza del delito, cuando señalaba que se daría la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del extranjero, salvo que excepcionalmente

²⁰⁶ En la jurisprudencia menor, la SAP Valencia 26.5.05, anuló la expulsión acordada como medida sustitutiva de la pena, al no venir sustentada en un razonamiento que pondere el arraigo del acusado en el territorio nacional, de acuerdo con las directrices jurisprudenciales interpretativas del art. 89 C.P.

²⁰⁷ ARIAS SENSO, M. “Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 8 de julio de 2004”. Diario La Ley, nº 6160, Año XXVI, 3 enero 2005.

se apreciara que por la naturaleza del delito debía cumplirse la pena en España. Y así a partir de esta reforma se podía valorar, no sólo la gravedad o naturaleza del delito, sino también las circunstancias personales y familiares del reo.

Así, la jurisprudencia venía a excluir la expulsión generalmente con relación a los delitos de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud (Sentencia del Tribunal Supremo 1249/2004, de 28 de octubre) y la Fiscalía General del Estado decidió no recurrir a la expulsión sustitutiva como pauta general en los delitos cometidos por organizaciones criminales, conforme a los criterios de la Convención de las Naciones Unidas para la Delincuencia Organizada Transnacional (Circular 2/2006).

A esta excepción legal la jurisprudencia añadió otra basada en las circunstancias personales del penado, en particular el arraigo, cuya valoración si bien fue polémica en sus inicios llegó posteriormente a estar consolidada. El Tribunal Supremo en Sentencia 918/2012, de 10 de octubre consideró factible revisar ese punto antes de su efectividad en fase de ejecución, si sobrevinieran circunstancias que hicieran improcedente o inconveniente la expulsión. Si bien la carga de la prueba de las razones justificadoras del cumplimiento en España de la pena impuesta, correspondería a la defensa (AP de Zaragoza 109/2014 de 28 de abril). Declarando el Tribunal Supremo en la Sentencia 658/2014, de 27 de marzo, que ante la ausencia de arraigo domiciliario, laboral e incluso familiar acreditado, no estaba justificado el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta en un centro penitenciario de España.

Con semejantes discrepancias se consideró que hubiera sido deseable que con la citada reforma, como indicaba algún autor, además de que se hubiera eliminado con rotundidad la obligatoriedad de la expulsión, se fijaran los criterios que debía utilizar el Juez a la hora de ponderar la permanencia o no en el territorio español del condenado extranjero. De este modo entre las causas que justificarían su prosecución en territorio español, debiera preverse expresamente el atender, no únicamente a la naturaleza del delito sino también a la gravedad del mismo, así como a las concretas circunstancias del extranjero, esto es el arraigo, situación familiar, o por ejemplo, el que se tratara de

nacionales de países donde no era posible la expulsión, por correr riesgo su vida si ésta se llevaba a cabo²⁰⁸.

b) Aspectos de la reforma de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo.

En la reciente reforma del artículo 89 del Código Penal, se sigue manteniendo el carácter imperativo y prioridad de la expulsión, lo que supone un criterio de preferencia de la misma, pero bien matizado por lo dispuesto en su apartado cuarto que parece desterrar su automaticidad, pues la expulsión deberá acordarse, solamente, si resulta proporcionada dicha medida a la vista de las circunstancias del hecho y de las personales del autor, en particular su arraigo en España, preceptuándose que *“No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada”*, lo que exige una valoración particularizada del caso, y por tanto su sometimiento a debate procesal y motivación de la decisión, por lo que a los jueces corresponderá pronunciarse sobre este extremo si bien, una vez acreditada la falta de proporcionalidad, la exclusión venga obligada.

Y así, mientras que el art. 89.1 C.P. establece un criterio concreto de que la ejecución parcial de la pena – en condenas de uno a cinco años de prisión- no podrá ser superior a dos tercios de su extensión y la posterior sustitución del resto de cumplimiento por la expulsión del territorio español del condenado, el apartado segundo del citado precepto concede para la ejecución parcial de la pena – en condenas superiores a cinco años de prisión- una mayor discrecionalidad, facultando al juez, el sustituir la ejecución del resto de la pena por la expulsión *“cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiere determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional”*.

En cuanto a las circunstancias del hecho, hay que indicar que por indudables razones de prevención general y especial, con carácter general, la decisión sustitutoria debe tomar en consideración la naturaleza del hecho delictivo, en especial, su gravedad, y así consideramos que no procedería la decisión sustitutoria cuando, dada la naturaleza

²⁰⁸ GUIASOLA LERMA, C. *“La reforma del código penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de penas de privación de libertad (art. 89 C.P)”*, en FRANCISCO J. ALVAREZ GARCIA y JOSE LUIS GONZALEZ CUSSAC (Directores), *“Comentarios a la reforma penal 2010.”* Tirant lo Blanch. Valencia 2010.

y gravedad del delito, dicha decisión condujera a eliminar los efectos coercitivos y disuasorios de la norma penal, provocando la convicción en los ciudadanos extranjeros de que tienen una especie de impunidad para la comisión de acciones delictivas fuera de su país, cuya pena quedaría sin ejecutar, generándoseles como única consecuencia negativa, en el peor de los casos, la devolución a su país de origen; por lo que consideramos que la expulsión no deberá tener lugar cuando nos hallemos ante hechos de especial gravedad o que sugieran un plus de peligrosidad, como por ejemplo, el empleo de violencia en las personas que entrañe una especial 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 el 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 más o menos organizada.

Otras circunstancias que consideramos deberían considerarse integradas en el término “circunstancias del hecho” para justificar el cumplimiento de la pena en España, sería la necesidad de protección de víctimas, aun potenciales, en el país de origen.

En cuanto a las circunstancias personales del autor, la decisión sustitutoria deberá tomar en consideración el grado de integración en la sociedad española del extranjero afectado para poder decidir sobre la imposición de la expulsión sustitutiva, valorando particularmente, como así venía estableciendo la jurisprudencia, el arraigo del mismo en España. Teniendo en cuenta que el arraigo no es simplemente una permanencia en España prolongada en el tiempo, sino que la misma debe estar asociada a la exigencia del establecimiento de ciertos vínculos y, según que éstos sean laborales, sociales o familiares, podrá hablarse de arraigo laboral, social o familiar.

El arraigo laboral permite obtener la residencia temporal, por razones excepcionales, a los extranjeros con permanencia continuada en España durante un período de dos años y que demuestren relaciones laborales de duración no inferior a seis meses.

El arraigo familiar permite obtener la residencia temporal, por razones excepcionales, al padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste, o esté al corriente de las obligaciones paterno-filiales respecto al mismo. También, al hijo de padre o madre extranjeros que hubieran sido originariamente españoles.

El arraigo social permite obtener la residencia temporal, por razones excepcionales, a los extranjeros con permanencia continuada en España durante un período de tres años, que tengan vínculos familiares con otros extranjeros residentes, o bien presenten informe de arraigo que acredite su integración social, emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su domicilio habitual.

También entendemos que dentro de las circunstancias personales del autor, deberá valorarse, para adoptar o no la medida sustitutoria de la expulsión, las razones de protección internacional - los desplazados y refugiados asilados-, las razones humanitarias, las víctimas de determinados delitos, la enfermedad sobrevenida, el peligro para su seguridad o la de su familia si regresan a su país, la colaboración con autoridades públicas y las razones de seguridad nacional o de interés público, y por supuesto, como no, los antecedentes y el riesgo de reiteración delictiva del afectado.

Pero no obstante la actual redacción del precepto que recoge, como hemos dicho, la tesis jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo (STS 901/2004, de 1 de julio) y el Tribunal Constitucional (STC 242/1994, de 20 de julio), de restricción de la aplicación automática de la sustitución de la pena de expulsión, consideramos que deberían ser los jueces y tribunales, quienes de una forma potestativa aplicaran o no dicha medida, previa valoración de las circunstancias personales del penado expuestas, el arraigo familiar, social...y de todas aquellas alegaciones y pruebas que el mismo pudiera aportar al procedimiento, por cuanto dicha medida puede chocar con principios y derechos tan fundamentales como el derecho a la libre circulación, el derecho a fijar libremente su residencia y el derecho al respeto de la vida privada y familiar, entre otros.

c) Delitos expresamente excluidos de la expulsión sustitutiva.

Una vez dicho esto, analizaremos cuales son aquellos delitos que expresamente excluye el artículo 89 de la medida sustitutoria de expulsión.

Así el párrafo 4º de dicho precepto, añadido por la reforma 8/2000 de 22 de diciembre, y mantenido por la reforma 11/2003 de 30 de septiembre, excluía del ámbito de la expulsión sustitutiva a los extranjeros condenados por la comisión de delitos de los arts. 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 del Código Penal.

La redacción resultante de la reforma de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, añadió el artículo 313 (que castiga a los que determinaran o favorecieran la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante) y eliminó los artículos 515.6, 517 y 518 (asociaciones ilícitas que promueven el tráfico ilegal de personas) que quedaban vacíos de contenido al suprimirse tras la reforma operada por la L.O. 15/03 el artículo 515.6, del que los artículos 517 y 518 eran meros preceptos referenciales, por lo que no era de aplicación la expulsión sustitutiva a los delitos recogidos en los artículos 312, 313 y 318 bis del C.P. , los cuales hacen referencia a los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y al tráfico ilegal de personas, estableciendo el artículo 57.8 de la LOEX, en coherencia con el hasta ahora vigente art. 89.7 que *“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”*.

Con anterioridad a la reforma introducida por L.O. 5/10 la doctrina puso de manifiesto lo extraño de que el artículo 89 no incluyera en el listado de delitos excluidos de la expulsión al artículo 313, como lo hacía la LOEX, pues la ratio de dar un tratamiento específico a los delitos de tráfico de personas también concurría en este supuesto.

De ello se hizo eco la Fiscalía General del Estado, que en su Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del fiscal que en materia de extranjería refería que *“los Sres. Fiscales, en estos supuestos de condena por los delitos de los artículos 313...valorarán muy especialmente la conveniencia de informar de modo desfavorable la expulsión sustitutiva de la pena. En definitiva, los Sres. Fiscales habrán de velar en los delitos de tráfico de personas porque los inculpados sean enjuiciados, cumplan efectivamente la pena privativa de libertad que les fuere impuesta y, posteriormente sean expulsados*

administrativamente del territorio".²⁰⁹ Quizás fueron estas las razones que impulsaron al legislador a incluir dicho precepto en la citada reforma del 2010 del Código Penal.

Así pues tratándose de los delitos enumerados, el legislador ha otorgado preferencia al *ius puniendi* del Estado, evitando que los extranjeros implicados en los mismos puedan resultar beneficiados por la expulsión sustitutiva de la pena privativa de libertad impuesta, por lo que en estos casos el extranjero tendrá que cumplir la pena impuesta, llevándose posteriormente a cabo la expulsión gubernativa si ésta hubiera sido o fuera acordada.

No obstante, desde la Fiscalía se consideró que el número de delitos que tenían que ser excluidos de la expulsión sustitutiva debía de ampliarse a otros delitos especialmente graves, y así la Junta General de la Fiscalía especial Antidroga, celebrada en Madrid los días 15 y 16 de diciembre de 2005 acordó como criterio general oponerse a las sustituciones en todos aquellos casos en los que la calificación jurídica incluyera los subtipos agravados de pertenencia a organización del artículo 369.1.2º C.P. (en delitos contra la salud pública) o del 302.1 C.P. (en el caso de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico), por tratarse de supuestos específicos de asociación ilícita.

La instrucción 3/2003 de la Fiscalía del TSJ Madrid también instó a sus fiscales a oponerse a la sustitución en los supuestos en que se utilizara violencia sobre las personas, cuando esta generara un plus en la ofensa, o fuera especialmente vejatoria, o implicara un mayor riesgo para la persona o se hubiera utilizado una violencia innecesaria para obtener el resultado, por ejemplo en los supuestos de robo en casa habitada con personas dentro, de robo con violencia en que se intimidara con armas, o cuando hubiera agresión a la víctima, cuando se tratara de delitos contra la libertad sexual o de formas imperfectas de delitos graves (por ejemplo, homicidio) y en los supuestos de elevación de pena, previstos en los artículos 76 y 78 del C.P.

²⁰⁹ Las razones que fundamentan esta conclusión eran explicadas convincentemente por dicha Circular 1/2002 al indicar que "Debe repararse en que entre los ilícitos penales que enumera el artículo 89.4 CP no se recogen todas las modalidades delictivas de tráfico ilegal de personas. Quedan fuera tanto el delito de inmigración clandestina de trabajadores a España o de emigración fraudulenta –art. 313– cuanto el supuesto de tráfico de personas para su explotación sexual –art. 188.2–. Tal exclusión no parece tener justificación alguna. Si la razón de ser del artículo 89.4, enmarcado entre las medidas adoptadas para el endurecimiento en la lucha contra la inmigración ilegal, es la de evitar que pueda obtenerse el beneficio de la sustitución de pena por los responsables de delitos de tráfico de personas, se comprende mal que queden fuera de la previsión legal formas de tráfico especialmente graves como son las descritas en los artículos 313 y 188.2".

Por otra parte, algún tribunal ha considerado que la lista enumerada en el citado precepto no es excluyente justificando el cumplimiento en España para delitos distintos de los anteriores. Concretamente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 243/2014, de 2 de abril, señala que el delito de robo con fuerza en casa habitada, en la medida en que no sólo afecta al bien jurídico del patrimonio, sino al bien jurídico de la intimidad, de la seguridad, de la tranquilidad y de la inviolabilidad del domicilio, constituye un hecho delictivo de especial trascendencia, que justifica el cumplimiento de la pena privativa de libertad en España, sin perjuicio de la posterior expulsión del condenado.

Por lo que respecta a la reforma del Código Penal de 2015, consideramos que quizás se ha desaprovechado la oportunidad de introducir el tipo de delitos apuntados, pues la misma tan sólo ha ampliado el elenco de los mismos al art. 177 bis C.P., referido a la trata de seres humanos, manteniendo el apartado 9 del art. 89 la excepción a la expulsión a los reos penados por delitos relacionados con la inmigración ilegal, esto es, el tráfico y recluta ilegal de mano de obra (art. 312 y 313) y los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (318 bis), que tienen por objeto que sus autores no puedan, tras el regreso a su país de origen, regresar y continuar infringiendo la ley con el mismo tipo de delito.

d) Proporcionalidad de la expulsión. Arraigo en España.

El texto anterior a la reforma de L.O. 5/10, como hemos indicado, no admitía más excepciones al mandato legal de la sustitución -aparte de los previsto en relación a los delitos mencionados en el apartado cuarto del artículo 89 C.P.- que la que venía dada por la naturaleza del delito, por lo tanto la denegación de la sustitución era excepcional, debiendo fundarse en la naturaleza del delito, es decir en la gravedad del mismo (por tratarse de delitos contra la salud pública, agresiones sexuales...), o en las particulares circunstancias de sus autores o los fines perseguidos (bandas organizadas, terrorismo...), entre otras.

El mencionado artículo 89.1 C.P. no contemplaba un análisis de las circunstancias personales del reo, al que ni siquiera se le daba audiencia a la hora de valorar por el juzgador la conveniencia o no de la expulsión, siendo tan sólo necesario para adoptar tal decisión la audiencia del Ministerio Fiscal, debiendo ser introducida dicha exigencia por

el Tribunal Supremo en la mencionada sentencia de 8 de julio de 2004, al amparo de una lectura constitucional del precepto y ante la realidad de la afectación que la misma podía tener en los derechos fundamentales de la persona, que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados Internacionales firmados por España, por lo que indicaba la referida sentencia que *“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, su arraigo y su situación familiar”*, y para valorar dichas circunstancias era evidente que tenía que darse audiencia al penado.

El texto resultante de la reforma de L.O. 5/10 ampliaba de una forma muy vaga las causas que podían justificar el cumplimiento de la condena en territorio español cuando señalaba *“salvo que el Juez o Tribunal aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”*, pero acertadamente otorgaba audiencia no sólo al penado antes del dictado de la correspondiente resolución, sino también a las partes personadas, siendo esto una novedad en relación a la anterior regulación.

Como hemos expuesto, la reforma del Código Penal de 2015, aunque mantiene el carácter preceptivo de la expulsión, atempera la automaticidad de tal decisión y así atendiendo a lo expuesto en el apartado 4 del artículo 89 ha introducido una individualización razonada de la medida al expresar que *“ no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada”*, por lo que el juez o tribunal, tras el correspondiente trámite procesal de alegaciones y prueba, tendrá que hacer una valoración particularizada de cada caso en concreto, y motivar su decisión a fin de garantizar los derechos del penado en la aplicación de la expulsión, como exige la Directiva 2001/40/CE del Consejo de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países ²¹⁰.

²¹⁰ CUGAT MAURI, M. *“La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros (art. 89 C.P.)”*, en GONZALO QUINTERO OLIVARES (director) *“La reforma Penal de 2010. Análisis y comentarios*. Aranzadi, 2010.

En cuanto a dichas razones que pueden justificar el cumplimiento de la pena de prisión en España -como se establecía en la anterior redacción del precepto- y que ahora aluden a las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España y a la proporcionalidad de la medida podemos señalar, entre otras:

- a) el tiempo de permanencia en España, como indicio de arraigo;
- b) el arraigo personal, social y laboral del extranjero en nuestro país; c) la situación familiar, debiendo favorecerse la no separación del núcleo familiar, a cuyo efecto se tendrá que tener en cuenta, si el extranjero tiene pareja estable, si la nacionalidad de esta es española, si hay hijos a su cargo, la estabilidad alcanzada y dependencia económica de todos estos con el posible expulsado, la incorporación real al mercado de trabajo;
- d) el tratarse de nacionales de países donde no es posible la expulsión, por correr riesgo la vida e integridad del extranjero si esta se lleva a cabo, o cuando el mismo pueda ser objeto de tortura o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos;
- e) la duración de la pena, pues el arraigo, unido a una pena corta de prisión será circunstancia de peso para no acordar la sustitución;
- f) la naturaleza del hecho, atendándose a la mayor o menor gravedad (la alarma social) del delito cometido, pues quizás no sería conveniente la expulsión cuando esta tuviera como efecto la falta de reacción penal suficiente ante la comisión de un delito grave (ATC 106/ 1997), porque ello generaría un sentimiento de impunidad y un favorecimiento o promoción del delito, que dejaría abierta la posibilidad de que el extranjero regresara a España;
- g) la duración de la pena preventiva, ya que puede resultar muy interesante analizar el tiempo de prisión preventiva, de tal forma, que si ya ha cumplido una gran parte de la pena impuesta (generalmente en penas cortas), la expulsión podría suponer una doble penalidad, y ello para el reo que casi hubiera cumplido la pena y además se le impusiera la prohibición de residir en España por un plazo entre cinco y diez años,

h) y sobre todo debería atenderse a aquellas concretas circunstancias personales que deben determinar la individualización de la pena, como los posibles antecedentes del acusado o el número de delitos objeto de enjuiciamiento, como indicadores de una tendencia a la reiteración delictiva y la peligrosidad que se desprende de su conducta.

Todos estos argumentos se recogen en las SSTS, principalmente en la citada de 8 de julio de 2004, así como en la de 11 de octubre de 2005 o 17 de febrero de 2006.

Circunstancias todas estas personales del extranjero que no sólo bastara ser alegadas para justificar la excepción a la regla general de la expulsión sustitutiva, sino que deberán ser probadas debidamente.²¹¹

Pero para la ponderación de dichas circunstancias por parte del Tribunal es imprescindible el trámite de audiencia del penado y la motivación de la decisión, aspectos estos que como se ha dicho fueron introducidos acertadamente por la reforma llevada a cabo por la L.O. 5/10, dándose así cumplimiento a los esenciales derechos constitucionalmente consagrados de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación.

La reforma de 2015, sin justificación alguna ha suprimido la audiencia del penado, mencionando dos momentos en los cuales podrá resolver el juez o tribunal sobre la sustitución: en la sentencia, o posteriormente a esta, una vez declarada su firmeza, y con la mayor urgencia posible, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sin que se haga mención expresa a la audiencia del penado en estos dos momentos.

Por lo que parece desprenderse de la redacción literal del precepto que el juez o tribunal puede acordar la expulsión en sentencia, sin audiencia del penado, del Fiscal, ni de las partes personadas. Y posteriormente a la sentencia (en auto, en el momento de la ejecución), previa audiencia del Fiscal y las demás partes, pero sin escuchar tampoco al penado. Lo que entendemos no es ajustado a derecho y conculca el fundamental derecho del reo de ser escuchado con carácter previo a que se adopte cualquier decisión sobre su situación en España, a fin de posibilitar su derecho de defensa. La eliminación

²¹¹ La AAP de Castellón, Sección 1ª, nº 206/2006, de 20 de abril, rechazó la solicitud del penado de cumplimiento de la pena en centro penitenciario español, abogando por la expulsión sustitutiva ante la falta de prueba sobre el arraigo del extranjero en España.

de este requisito fue criticado en el informe del Consejo de Estado y en diferentes enmiendas presentadas durante su tramitación parlamentaria²¹², y así se indicaba en alguna de ellas que *“El artículo 88 del Proyecto elimina sin justificación la audiencia del penado, el Ministerio Fiscal y las partes personadas que está recogido en el artículo 89 vigente. A juicio del Consejo de Estado, que compartimos, no existe justificación para eliminar este trámite, ya que las partes y el Ministerio Fiscal tienen derecho a expresar su opinión sobre la sustitución de la pena por la expulsión”*.

El Tribunal Constitucional ha venido manteniendo la necesidad de audiencia al penado para sustituir la pena por la expulsión del territorio nacional, sin que sea suficiente el derecho a la última palabra (STC 242/1994, de 20 de julio (F.J. 6). También, la STC 203/1997, de 25 de noviembre (F.J. 4 y 5). En consecuencia, debe entenderse que el trámite de audiencia continúa vigente y en el supuesto de que se decrete la expulsión en sentencia, la cuestión deberá ser objeto de contradicción en el acto del plenario y el acusado deberá pronunciarse sobre la posibilidad de su expulsión, caso de resultar condenado. Y si es en un momento posterior, la audiencia del penado tampoco puede soslayarse junto con la de Ministerio Fiscal y las demás partes (defensa y, en su caso, acusación particular)²¹³.

De todas formas consideramos que no sería viable la sustitución de la pena por la expulsión, en aquellos supuestos en los que la pena ya se ha comenzado a ejecutar y se ha cumplido en una parte relevante, por ejemplo en su mitad, pues ello supondría una sanción añadida al cumplimiento de la pena (STS 4-9-2000 y 21-1-2001).

Y así la sentencia de la A.P. Lleida, Sección Primera de 2 de marzo de 2012, señaló que *“resulta evidente que cuando la pena ya está prácticamente cumplida en España con la aplicación de 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”* .

²¹² Enmienda Núm. 534 Firmante: Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 10 de diciembre de 2014.

²¹³ GONZALEZ CUSSAC, J.L. Comentarios a la reforma del Código Penal 2015. Tirant lo Blanch. Valencia 2015

Por su lado la sentencia n° 601/2006, de 31 de mayo del Tribunal Supremo señaló, que no resultaba descartable la expulsión por el tiempo pendiente de cumplimiento, aunque dicha conclusión debía ser matizada en relación a las circunstancias de cada caso concreto, así como la relación entre el periodo ya cumplido y el que aún pendía.

II.6. PROCEDIMIENTO.

a) Competencia. Condenas acumulables.

La competencia se atribuye por el artículo 89 a los Jueces y Tribunales. Obviamente solamente lo serán los del orden penal. Dentro del orden penal, a la vista de la amplitud funcional del artículo 89 podrá corresponder a Juzgados de lo Penal, Juzgados Centrales de lo Penal, Audiencias Provinciales, Audiencia Nacional y Tribunal del Jurado²¹⁴.

Habrá incluso que reconocer competencia a los tribunales *ad quem* que resuelvan recursos devolutivos cuando procedan al dictado de sentencias condenatoria, o incluso al propio Tribunal Supremo cuando conozca del recurso de casación.

A parte de estos órganos eminentemente de enjuiciamiento, a raíz de la reforma operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, también deberán incluirse los Juzgados de Instrucción cuando dicten sentencias de conformidad en el seno de un procedimiento de enjuiciamiento rápido.

Un problema competencial que podría plantearse es el caso de que pesaran sobre el extranjero diferentes condenas y las mismas fueran acumulables o ya hubieran sido

²¹⁴ En este sentido se ha dicho que «cuando el veredicto fuese de culpabilidad, el Magistrado-Presidente concederá la palabra al Fiscal y demás partes para que, por su orden, informen sobre la pena o medidas que debe imponerse a cada uno de los declarados culpables y sobre la responsabilidad civil. El informe se referirá, además, a la concurrencia de los presupuestos legales de la aplicación de los beneficios de remisión condicional, si el Jurado hubiere emitido un criterio favorable a ésta. Lógicamente no alude a otros sustitutivos penales, ante la ausencia de su regulación en el Código penal vigente al tiempo en que se publica la LO 5/1995; pero parece congruente que si la Ley desea que el Jurado determine o al menos se pronuncie sobre la remisión de pena e inclusive sobre el indulto, también manifiesten su criterio si existe la posibilidad de aplicación de otros sustitutos penales, incluido lógicamente el de la expulsión, especialmente por cuanto supone la inejecución material de la pena que resulte». PALOMO DEL ARCO, op. cit.

acumuladas, pues habida cuenta de que la acumulación resulta vinculante y que la pena acumulada adquiere sustantividad propia diferente y autónoma de las acumuladas, el Juez o Tribunal competente, no lo será cada uno de los sentenciadores de las penas objeto de acumulación sino únicamente el órgano judicial que la haya determinado y quien, en su consecuencia, habrá librado la liquidación correspondiente.

Pero como señalaba algún autor una consecuencia de esta autonomía de la pena resultante de la acumulación, era que no podía decretarse la expulsión si la pena de prisión resultante superaba los seis años, aunque cada una de las acumuladas fueran inferiores²¹⁵, y ello si se seguía la corriente doctrinal expuesta de considerar que no era posible la expulsión sustitutiva cuando el reo hubiera resultado condenado a varias penas, que si bien consideradas individualmente no superan los seis años de privación de libertad, si que excediera de dicho límite la suma de las mismas. Problema este que ha sido resuelto por la actual redacción del precepto, donde se habla de penas de más de cinco años de prisión, o de varias penas que excedieran de esa duración (art. 89.2).

b) Legitimación para instar la medida.

Del tenor literal de la anterior redacción del artículo 89 C.P. parecía desprenderse que era el Juez quien la debía de acordar de oficio, sin necesidad de que ninguna de las partes intervinientes en el proceso lo solicitara, a diferencia de la sustitución parcial (art. 89.5) que parecía precisar la solicitud del Ministerio Fiscal, al señalar que *“los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal”*. Esta distinción no parecía que obedeciese a ninguna lógica interna.

Con la actual redacción del precepto se suprime la referencia que se hacía a la solicitud de la medida por el Ministerio Fiscal en la sustitución parcial, y tanto en la sustitución íntegra (art. 89.1), como en la parcial (art. 89.2) se desprende que la misma deberá ser adoptada por el juez o tribunal de oficio, por lo que ya no se mantiene la crítica -que por algún sector doctrinal se hacía- de la exigencia de solicitud del Fiscal para la sustitución parcial era contraria a la exclusividad de la jurisdicción.²¹⁶

²¹⁵ SALCEDO VELASCO, A. "La refundición de condenas. Acumulación de penas" en La ejecución de la sentencia penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1994.

²¹⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. Ob. Cit. "Los informes del CGPJ a los Anteproyectos de 1992 y 1994 censuraron ese protagonismo del Fiscal que con su inactividad vendría a disponer de un derecho de

La posibilidad de que esta medida sea adoptada de oficio por el juez ha sido objeto de críticas, por considerar que ello parece poco respetuoso con las exigencias del principio acusatorio.

En apoyo a que dicha medida pueda ser adoptada de oficio por el Juez podría mantenerse que, en tanto la expulsión es imperativa, *ope legis*, no se quebraría el principio acusatorio si se impusiera pese a no existir instancia de parte, pues no podemos olvidar que se ha admitido por el Tribunal Supremo que el Tribunal sentenciador, corrigiendo errores de la calificación de la acusación, puede imponer una pena superior a la solicitada por ésta, cuando ello derive imperativamente de los hechos probados y de la calificación jurídica mantenida.²¹⁷

Sin embargo argumentando en contra podría decirse, que en tanto deben ser objeto de alegación y prueba los presupuestos fáctico habilitadores del acuerdo de expulsión sustitutiva (tanto total como parcial, tanto de pena como de medida de seguridad) y que tal acuerdo debe resolverse en la propia sentencia o posteriormente en auto motivado, sería necesario que alguna de las partes la propusiera, no pudiendo en ningún caso el Juez actuar de oficio, pues se vulneraría el principio acusatorio y el derecho de defensa y contradicción de las partes, en particular en aquellos supuestos en los que la medida pudiera considerarse más gravosa para el extranjero condenado, que el cumplimiento de la pena en España.²¹⁸ Por lo que a estos efectos sería admisible no solamente que

veto...resulta incompatible con la exclusividad de la jurisdicción. Cosa distinta es que al Fiscal haya que oírle siempre por imperativo procesal...”

²¹⁷ STS1747/2002 (Sala de lo Penal), de 25 octubre:” En relación con la determinación concreta del «quantum» de la pena, dentro del marco punitivo señalado por el Legislador para la infracción objeto de acusación, con sus circunstancias, la doctrina jurisprudencial tradicional, tanto del Tribunal Constitucional (STC 17/1988, de 6 de febrero [RTC 1988/17] y STC 189/1988 de 17 de octubre [RTC 1988/189]), como de este Tribunal Supremo (Sentencia de 26 de febrero de 1985 (RJ 1985/1543), entre otras muchas), ha entendido que el principio acusatorio no impide que la resolución judicial imponga una pena de cuantía superior a la solicitada por la acusación (aunque sea de la misma naturaleza) bien para remediar errores técnicos (si la acusación ha omitido solicitar penas forzosamente vinculadas al tipo delictivo objeto de acusación o condena, o ha solicitado la imposición de penas inferiores a las legalmente procedentes), o bien haciendo uso de sus facultades legales de individualización de la pena, en todo caso dentro de los márgenes correspondientes a la pena legalmente determinada para el tipo penal objeto de calificación acusatoria y de debate en el proceso. Este criterio puede resumirse en la afirmación del Tribunal Constitucional (STC 17/1988 de 16 de febrero) de que el Juez está sometido a la Ley y debe, por tanto, aplicar las penas que, según su juicio, procedan legalmente en relación con un determinado delito”.

²¹⁸ SAP Málaga, nº 111/2005, de 22 de febrero, dejó sin efecto la decisión de expulsión del recurrente adoptada en la sentencia recurrida porque se decretó por el Juez de lo Penal sin que fuera solicitada por el Ministerio Fiscal en ningún momento, lo que impidió que se hubiera producido debate alguno en el plenario.

podiera instarla el Ministerio Fiscal, sino también la acusación particular o popular e incluso la defensa, pues no podemos olvidar que en alguna ocasión tal medida puede tener una dimensión de claro beneficio para el reo.

c) Momento procesal oportuno para solicitar la expulsión sustitutiva. Escrito de acusación. Juicio en ausencia del acusado.

En un principio, el momento procesal oportuno para la solicitud de la expulsión sustitutiva será cuando se presenten los escritos de calificación provisional, en la conclusión quinta de dichos escritos, tras la pena solicitada (art. 650.5 L.E.CRIM.) interesando bien la expulsión sustitutiva, bien el cumplimiento ordinario, a fin de posibilitar con ello que el acusado pueda en el escrito de defensa y en el acto del juicio efectuar las alegaciones que estime por convenientes.

Así lo recoge la STS, Sala 2ª, nº 901/2004 de 8 de julio al afirmar expresamente que *“lo usual será que tal petición se efectúe en las conclusiones provisionales, lo que permite conocer ex ante y temporalmente tal petición para efectuar las alegaciones y probanzas que se estimen procedentes por la parte afectada”*, y las STS de 7 de junio de 2005 y 20 de febrero de 2008.²¹⁹

Cabe, no obstante, admitir que si no se ha realizado en el escrito de calificación provisional pueda introducirse la petición al elevar la acusación sus conclusiones a definitivas, en analogía a lo dispuesto en el artículo 788.4 LECrim, que establece: *“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”*, por lo que en este supuesto podría solicitar la

²¹⁹ También fue la posición de la Circular de Fiscalía 2/06, en la que se indicaba que *“los Sres. Fiscales habrán de incluir el pronunciamiento sobre la sustitución de la pena por la expulsión en la conclusión quinta, tras la pena concreta solicitada, bien interesando la expulsión sustitutiva, bien el cumplimiento ordinario.”*

En igual sentido el Auto de la Audiencia Provincial (1ª) de Valencia de 14 de enero de 2005.

defensa y así acordarlo el Tribunal, un aplazamiento de la sesión para que la defensa pudiera preparar adecuadamente sus alegaciones y medios probatorios.

En cuanto a si sería a estos efectos suficiente el trámite del “derecho a la última palabra” del acusado recogido en el artículo 739 de la L.E.CRIM., la SAP Girona nº 55/2006 de 2 de febrero se ha pronunciado en sentido negativo, al igual que la STC nº 242/1994, de 20 de julio, como se expondrá.

También debemos hacer mención a la posibilidad de que dicha solicitud de expulsión se plantee en los juicios rápidos en el escrito de calificación provisional por parte del Ministerio Fiscal, frente a lo cual el abogado de la defensa podría interesar la concesión de un plazo a fin de demostrar las circunstancias del extranjero que pudieran evitar tal sustitución, plazo que es concedido en la práctica, difiriéndose por consiguiente la resolución de dicha cuestión a la fase de ejecución ante el Juzgado de lo Penal.

Por otro lado, como ya se ha visto, también es posible que quien promueva la aplicación de la expulsión sustitutiva sea el propio penado, y así el artículo 52.2 del Reglamento Penitenciario dispone que *“a los internos extranjeros se les informará... de la posibilidad de solicitar la aplicación de tratados o convenios internacionales suscritos por España para el traslado a otros países de personas condenadas, así como de la sustitución de las penas impuestas o a imponer por la medida de expulsión del territorio nacional, en los casos y con las condiciones previstas por las leyes”*.

En este sentido señala la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001 que el órgano jurisdiccional no está vinculado a la petición del penado para que se le expulse, sin embargo lo cierto es que como hemos dicho el Tribunal está con carácter general obligado a la expulsión, por lo que habrá de acordarla bien a instancia del Ministerio Fiscal, bien incluso a instancia del propio penado, salvo que concurran razones que justifiquen de forma motivada el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España -como se indicaba en el anterior art. 89.1- o *“cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”* – según la actual redacción del precepto-.

Y en este sentido exponía la mencionada circular que *“la medida de expulsión no debe ser considerada como un beneficio ni atribuye un derecho subjetivo para exigir del juez o tribunal un trato benévolo en comparación con el dispensado a los penados españoles o a los extranjeros residentes. El juez o tribunal no está obligado a otorgar la expulsión, ni sujeto a una interpretación necesariamente favorable al reo en virtud del principio «pro libertate» que en modo alguno resulta aplicable al caso”*. En igual sentido se pronunció el ATC 33/1997.

De todas formas y antes de concluir este apartado hay que señalar, que cuando sea denegada la expulsión sustitutiva, los propios penados, sobre todo los europeos y/o comunitarios pueden solicitar el cumplimiento de la pena en su país, incluso aún cuando se hubiere comenzado a cumplir la pena, en atención a los Tratados Internacionales suscritos por España²²⁰, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. que los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena constituyan también una infracción penal con arreglo a la legislación aplicable en el país donde se interesa el cumplimiento,
2. que el penado solicitante sea nacional de dicho país,
3. que los dos Estados estén conformes con el traslado del extranjero y
4. cuando la duración de la condena que el reo tenga que cumplir en su país sea al menos de seis meses desde el día de la recepción de la petición.

Estas peticiones deberán ser dirigidas por el Ministro de Justicia del Estado requirente al del Estado requerido, y este deberá informar sobre su decisión del traslado.

En este sentido, el artículo 52 del Reglamento Penitenciario establece, que a los internos extranjeros se les informara, además de la posibilidad de solicitar la aplicación de tratados o convenios internacionales suscritos por España para el traslado a otros países de personas condenadas, de la sustitución de las penas impuestas o a imponer por

²²⁰ Convenio del Consejo de Europa nº 70, sobre la validez internacional de las sentencias penales de 28 de mayo de 1970, el Convenio del Consejo de Europa nº 112, sobre traslado de personas condenadas de 21 de marzo de 1983, con un Protocolo Adicional de 1997, el Acuerdo relativo a la aplicación entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas del Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas de 25 de mayo de 1987 y el Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre la ejecución de condenas extranjeras de 13 de noviembre de 1991 .

la medida de expulsión del territorio nacional, en los casos y con las condiciones previstas por las leyes.

Juicio en ausencia del acusado.

Establece el art. 786.1 párrafo 2º LECRIM que la ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente, o en el domicilio o en la persona a que se refiere el art. 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, si se 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.

A raíz de esto se plantea lo siguiente: sí en el escrito de calificación provisional el Ministerio Fiscal interesa la condena del acusado a la pena de prisión correspondiente (inferior a dos años), e insta ya en dicho escrito la sustitución de ésta por la expulsión del territorio nacional -con prohibición de entrada en el mismo por tiempo superior a seis años- ¿será posible celebrar el juicio en ausencia del acusado y resolver el juez o tribunal sobre la sustitución de la pena, por la expulsión del extranjero del territorio nacional?.

Antes de la reforma operada por la L.O. 5/2010 la cuestión planteaba mayor interés, porque a través de la L.O. 11/2003 se introdujo que el plazo de prohibición de regreso a España era en todo caso de diez años, por lo que siempre y en todo caso se producía este problema.

Desde que la L.O. 5/2010 estableció un arco temporal de cinco a diez años, el cual ha sido mantenido por la reforma introducida por la L.O.1/2015, es posible la solicitud de sustitución de pena por la expulsión y prohibición de entrada supere los citados seis años, surgiendo así la cuestión apuntada, de si es posible celebrar o no el juicio en ausencia del acusado.

En este sentido, la sentencia de la A.P. Barcelona, Sección 6ª, de 9 de noviembre de 2009, resolvió indicando que *“por todo lo anteriormente argumentado, el motivo no puede prosperar al considerar que los límites fijados en el art. 786.1 LECRIM. se refieren exclusivamente a “penas” y no alcanzan a medidas de seguridad que puedan*

aplicarse con carácter sustitutivo, 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 aquellas 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 aquel, pudiendo haber efectuado las alegaciones que hubiere 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 hubiere estimado necesaria”.

No obstante la respuesta a esta cuestión, al igual que lo exponíamos al hablar de la naturaleza jurídica de esta medida, no es pacífica en los tribunales y como ejemplo de ello podemos citar la misma A.P. Barcelona, esta vez su Sección 3ª, que en sentencia de 24 de febrero de 2009, entendía que no era posible la celebración del juicio en ausencia del acusado.

Por lo que consideramos que hasta que no se mantenga un criterio jurisprudencial unánime, no sería conveniente celebrar el juicio oral en ausencia del acusado, cuando este es un extranjero para el que se inste en el escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal, la imposición de una pena de prisión inferior a dos años, a sustituir por su expulsión del territorio nacional, con la prohibición de regreso a España, so pena de nulidad del juicio, sin que desde luego pudiera solicitarse esta petición por el Ministerio Fiscal al elevar la acusación sus conclusiones a definitivas en el escrito de calificación, pues ello supondría una agravación de la pena, frente a la cual el acusado, no sólo no podría defenderse, sino que ni siquiera sería conocedor de dicha petición.

d) Audiencia al penado.

En la redacción originaria del artículo 89 del Código Penal de 1995, en su apartado primero in fine se disponía que “*en ambos casos (penas privativas de libertad inferiores a seis años y penas igual o superior a seis años, cuando se hubiera cumplido las tres cuartas partes de la condena) será necesario oír previamente al penado*”.

Esta necesidad de audiencia previa se recogió en la reforma de dicho artículo operada por la L.O. 8/2000, sin embargo fue suprimida por la reforma de citado precepto introducida por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre.

Esta decisión parecía apoyada en la idea de que para el legislador dado el ámbito funcional de la deliberación esta no afectaba a aspectos particulares relativos al penado y a sus circunstancias, sino a aspectos relativos al interés público en el cumplimiento de la pena, en los que nada tenía que decir el penado.

Sin embargo tanto desde la doctrina como desde la jurisprudencia se criticó ampliamente la supresión de dicha audiencia que podía llevar a consecuencias poco acordes con el necesario respeto a los derechos fundamentales, haciéndose necesario abordar esta materia desde el prisma del derecho del extranjero a la tutela judicial efectiva, y así la STC núm. 99/1985, de 30 de septiembre, reconoce a los extranjeros este derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 CE, por ser un derecho imprescindible para la dignidad humana.

Así mismo la STC núm. 242/1994, de 20 de julio reconoce el derecho del extranjero a un trámite de alegaciones e impone los requisitos a cumplir para ese trámite al indicar que: *“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. Para lograr esta adecuada ponderación, y la salvaguarda de valores relevantes que puedan estar en juego, la audiencia del extranjero potencialmente sometido a la medida de expulsión resulta fundamental, y en estos términos ha de entenderse recogida en el art. 21.2 de la LO 7/1985, pues sólo con ella es posible exponer, discutir y analizar el conjunto de circunstancias en que la expulsión ha de producirse.*

Por esa razón se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita. Y por esa razón, en este supuesto no cabe argumentar sólo sobre la base, más flexible, del art. 24 CE (valorando si el afectado tuvo o no una ocasión de defenderse al respecto).

Es preciso comprobar si, además de ello, se le ofreció una oportunidad adecuada de exponer sus razones en favor o en contra de la expulsión, lo que otorga al derecho de audiencia una extensión material que sobrepasa el marco del art. 24 CE para introducirse en el ámbito de salvaguarda de la efectividad de otro derecho, constitucionalmente relevante, del ciudadano extranjero (el del art. 19 CE, en conexión con el art. 13 PIDCP).

Tanto en la instancia como en apelación el órgano judicial consideró que la exigencia de audiencia se habría cumplido porque, finalizado el trámite de conclusiones definitivas, el actor fue preguntado acerca de si tenía algo que añadir (art. 739 LECrim). Sin embargo, esta postura supone desconocer la función que cumple esta pregunta, como derecho «a la última palabra», y la audiencia específica que prevé el art. 21.2 LO 7/1985.

La audiencia prevista en el art. 739 LECrim se circunscribe a posibilitar el ejercicio de la autodefensa frente al hecho punible imputado, mientras que la audiencia a la que se refiere el art. 21.2 LO 7/1985, claramente en un momento posterior, pretende formular alegaciones sobre la posibilidad de sustituir el cumplimiento de la pena privativa de libertad prevista por la expulsión del territorio nacional, a efectos de que el órgano judicial pueda efectuar la ponderación de valores en juego que es también presupuesto mismo de la legitimidad de la expulsión desde la perspectiva de los preceptos constitucionales, internacionales y de mera legalidad antes citados.

Unas garantías que, como puede deducirse de todo lo dicho hasta ahora, sólo se entenderían cubiertas en el marco de una consulta específica sobre las medidas de expulsión, y de las razones que el afectado pueda oponer a su puesta en práctica. Por todo lo cual, procede estimar el presente motivo del recurso, al desconocer las resoluciones judiciales los derechos invocados por el demandante de amparo”.

La necesidad de salvaguardar la audiencia al reo ha sido también resaltada por el Tribunal Supremo en su conocida sentencia nº 901/2004, de 8 de julio, y entre otras en la STS 17/2002 de 21 de enero, 1177/2006 de 1 de diciembre, 140/2007 de 26 de febrero y 682/2007 de 18 de julio. Audiencia que ya venía exigiendo la sentencia del Tribunal Constitucional 242/84.

Por lo demás, también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 13 impone este requisito.

Por todo lo expuesto, la consecuencia de decidir sobre la expulsión del acusado extranjero sin posibilitar el debate contradictorio con participación de este, no debía de dar lugar a la expulsión en el caso de haberse acordado. En este sentido también se pronunciaron las SSTS de 8 de julio y 23 de noviembre de 2005.

La reforma del artículo 89 C.P. llevada a cabo por la L.O. 5/2010, de 22 de junio volvió, de una forma acertada, a introducir dicho requisito de la audiencia del penado, pero incluso fue más allá de esto y recogió también la necesidad de dar audiencia a las demás partes personadas, incluido el Ministerio Fiscal, todo ello en clara consonancia con la doctrina constitucional expuesta, llegándose hasta tal punto que se han declarado nulas decisiones que la acordaron sin dicha audiencia previa, por entender vulnerado el derecho a la defensa, como dictamina, entre otras, la Audiencia Provincial de Zaragoza en Sentencia 109/2014, de 28 de abril, al dejar sin efecto la sustitución de la pena acordada en sentencia, sin perjuicio de la posibilidad de acordar en auto motivado posterior la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión, por entender que en modo alguno es procedente que se incumpla un requisito que la norma contempla como necesario para poder pronunciarse, concretamente que el penado –que no su letrado- sea oído.

Por otra parte, no se trata de una audiencia específica al respecto, sino que, en tanto la petición viene incluida en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, debe entenderse que la vista oral del procedimiento ya permite la contradicción y que la Defensa podrá efectuar en dicho trámite oral las alegaciones que estime oportunas y presentar prueba al respecto, debiendo ser oído el acusado, a fin de que alegue lo que a su derecho convenga respecto a su arraigo, sus circunstancias personales, etc., no siendo suficiente, en tal sentido, la mera manifestación de su representación letrada, expresada en el recurso de apelación, por lo que en este caso -como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 243/2014, de 2 de abril- no hay certeza de si realmente el apelante estima conveniente dicha sustitución por expulsión.

En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es unánime a la exigencia de un examen individualizado del caso concreto y de las

circunstancias personales del extranjero penado para poder acordar la expulsión del extranjero del territorio español, circunstancia de arraigo que es extensible a la protección de la familia o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y así la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 15 de diciembre de 2009, caso Gurguchiani contra España, rechazó la aplicación cuasi automática del artículo 89 del Código Penal sin escuchar al demandante ni tener en cuenta sus circunstancias.

En esta línea debe hacerse mención al Protocolo número 7 del convenio para Naciones Unidas para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, ratificado por España y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 en el que se determina que “ *el extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado solamente podrá ser expulsado en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley y deberá poder además hacer valer las razones que se opongan a su expulsión , a hacer que se examine su caso y a hacerse representar en esas acciones ante la autoridad competente ..., solo podrá procederse a la expulsión, antes de hacer valer los derechos que figuran en los tres apartados citados, de manera excepcional, cuando aquella sea necesaria por razones de orden público o por motivos de seguridad nacional.*”

En el Proyecto de Reforma del código Penal de 2013 se omitía nuevamente la referencia a la audiencia del penado y a la expresa posibilidad de proceder a la decisión sustitutiva en auto posterior a la sentencia, aunque entendemos que la referencia que se hacía en el apartado 3º del art. 88 se refería al dictado de un auto, como no podría ser de otra forma, y así se indicaba que “ *el juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena , siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena*”.

La redacción actual del precepto mantiene idéntica redacción que en el anteproyecto, pero introduce la previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, cuando se tenga que pronunciar el juez o tribunal una vez firme la sentencia.

De todas formas sirva lo dicho al respecto de la necesidad de la audiencia previa al penado, la cual consideramos preceptiva conforme a la Constitución, para la efectiva tutela de los derechos (artículo 24 CE), y, por tanto, en aquellos casos en los que no se han cumplido todos los requisitos con anterioridad a la sentencia, se habilita al juez para adoptar la decisión con posterioridad a la misma mediante auto motivado, tras ser oído el reo en ambos casos, cuando se acuerde en sentencia o con posterioridad a esta.

La cuestión estriba en determinar en qué consiste este trámite de audiencia, como se debe practicar y en qué momento procesal debe darse este trámite de audiencia, pues como mecanismo para alcanzar el debate contradictorio en que se debe fundar la resolución, participa de la naturaleza de las comparecencias o vistas orales.

Audiencia insertada en el juicio oral.

El trámite de audiencia se produce normalmente y la cuestión no suscita problema alguno cuando, como suele ocurrir en la mayoría de los supuestos, la petición de expulsión se contiene en el escrito de calificaciones provisionales, pues el penado, antes del juicio oral, tiene conocimiento de esta petición de expulsión, puede someterla a debate en el dicho acto, y puede proponer prueba en defensa de sus alegaciones a practicar en el propio acto del juicio oral.

La primera cuestión que surge hace referencia a sí debe entenderse celebrada esta audiencia cuando el extranjero no comparece a juicio oral, y no ha sido citado personalmente, sino en domicilio designado en la primera comparecencia, pues el juicio oral puede celebrarse y de hecho se celebra en ausencia, por la previsión legal del artículo 757 y 786.1 de la LECRIM, pues ciertamente la medida de seguridad es una consecuencia jurídica del delito, y lo normal es que no se haya apercibido al imputado, en su primera comparecencia, de la posibilidad de que pueda ser expulsado del territorio español por un periodo de cinco a diez años.

Cierto es que formalmente el imputado, cuando es acusado, debe tener conocimiento de la pretensión acusatoria, pero no hay una exigencia formal de notificación personal del auto de apertura del juicio oral, y en la mayoría de los casos de este tipo de acusados extranjeros, el letrado desconoce su paradero.

Ahora bien, como la sustitución debía efectuarse necesariamente en sentencia, se generaba una situación de indefensión, por ausencia de debate contradictorio. Así lo había dicho la doctrina del TC, entre otras la STC 110/2009 en la que otorga el amparo en caso de sustitución en auto posterior a la sentencia, y una vez iniciado el cumplimiento de la pena, indicando que *“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.*

Como quiera 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. Por añadidura, al igual que en la citada STC 145/2006, de 8 de mayo, importa notar también ahora que en rigor ni siquiera estamos ante una verdadera y propia sustitución, sino que, al haberse ya iniciado el cumplimiento de la pena privativa de libertad por el recurrente, lo que se produce en realidad es una acumulación sucesiva de dicha pena con la medida de expulsión, consecuencia que tampoco en modo alguno se desprende del citado art. 89.1 CP”.

El cambio legislativo operado con la LO 5/2010 al posibilitar la sustitución después de sentencia, y mantenido en la reforma de la L.O. 1/2015, permite eludir la obligatoriedad de efectuar la sustitución en sentencia, pues el párrafo tercero del artículo 89 C.P., establece un segundo momento en el que puede acordarse, de tal forma que el penado puede ser convocado a este trámite de audiencia, tras la celebración del juicio al que no ha acudido.

Audiencia posterior al juicio oral.

Introducida pues la posibilidad de que la sustitución pueda acordarse con posterioridad a la sentencia, en un incidente de ejecución evita que la falta de audiencia

o la limitación de los principios de contradicción y defensa, puedan generar indefensión, pues ningún obstáculo hay, para que la sustitución se acuerde en un trámite posterior a la firmeza de la sentencia, a través de un auto, previa audiencia del penado, las partes y el Ministerio Fiscal.

Otra cuestión que se plantea es si se puede tener por cumplido el trámite de audiencia al dar la última palabra al acusado. En este sentido la STS nº 1177/2006 dice que *"no es de estimar la lesión del derecho al debido proceso. En efecto, el Tribunal a quo oyó al recurrente sobre la cuestión de la expulsión solicitada por el Fiscal y la Defensa conoció la pretensión del mismo. Al respecto, en tanto la Ley penal no exige ninguna formalidad, es irrelevante si lo oyó en el momento final cuando al acusado le correspondía hacer uso de la última palabra y la Defensa ya había solicitado la absolución. En efecto el derecho a ser oído en relación a la expulsión del extranjero consiste en que éste haya podido expresar al Tribunal su punto de vista respecto de la expulsión solicitada por el Fiscal en sus conclusiones definitivas y que su Defensa haya tenido la posibilidad procesal de oponerse a tal pretensión y de ejercer el derecho a la prueba. Es de señalar que en cierto sentido esa prueba ya había sido practicada durante la instrucción, en la que una testigo, que manifestó mantener una relación con el acusado, aportó una serie de fotografías que a su juicio acreditarían la relación"*.

No compartimos esta doctrina, pues si la audiencia al acusado sobre la expulsión

comprende el derecho a la prueba, no será suficiente la posibilidad de alegar en el momento de la última palabra, sino que la finalidad de la audiencia y su propia naturaleza exigen una fase probatoria. Por lo que si la defensa no tuvo la oportunidad de alegar y ofrecer prueba en relación a las circunstancias personales del acusado y su arraigo en España, deberá solicitar la suspensión del juicio -prevista en el artículo 788.4 LECRIM., pues ningún obstáculo hay para diferir a un momento posterior el trámite de audiencia, teniendo por hecha la petición formal de sustitución, sobre la que no se entrara a resolver en la sentencia, por ser preciso un debate contradictorio material, y sin que se entienda que esa falta de resolución vicia la sentencia de incongruencia, pues se trata de un diferimiento a un momento posterior a la misma, previa la celebración de la correspondiente audiencia con todas las garantías.

Citación del penado a la audiencia.

La audiencia, como espacio de debate destinado a garantizar los principios de contradicción y defensa, requiere un periodo de alegaciones y una posibilidad de prueba, por lo que debe darse una oportunidad material de defensa al penado, lo que plantea la cuestión de la citación personal del penado, pues debe efectuarse de forma tal que tenga conocimiento de la pretensión de expulsión.

Si el penado comparece al primer llamamiento no se suscitan problemas, pues la audiencia se lleva a cabo. Tampoco si está en ignorado paradero, pues en estos casos habrá que acudir a los mecanismos de busca y captura. Si en cambio se pueden plantear problemas cuando una vez citado no comparece, pues si la citación se ha hecho en su persona, conlleva el conocimiento de la materia que se iba a debatir en dicha audiencia, por tanto, ha tenido la posibilidad de defensa y la ha desaprovechado.

Pero no puede aplicarse la misma consecuencia cuando no está citado en su persona. En estos casos entendemos que el juzgado o tribunal deberá intentar la citación personal, y en caso de no poder practicarse, teniendo en cuenta que está penado y que tiene obligación de comparecer a los llamamientos del tribunal, la solución pasara por decretar su busca. Pero aquí deberá valorarse si se debe acordar su busca y presentación para ser citado a la audiencia, o bien su busca y captura y mantener la prisión hasta tanto se halla celebrado la audiencia. Consideramos que la decisión debe depender de la pena impuesta. En caso de que tras la citación quede en libertad y no comparezca a la audiencia, es el supuesto de citación personal, y la consecuencia debe ser que pierde la expectativa procesal de alegar y probar su oposición a la expulsión.

Prueba

La naturaleza de la audiencia, regida por los principios de contradicción y defensa, obliga a celebrarla como si de una vista oral se tratase, con inmediación, y ha de contener una fase de alegaciones y otra de prueba.

En este sentido la STS 710/2005 establece *“El Tribunal, en la sentencia, se limita a señalar que de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal y al amparo del artículo 89.1 del Código Penal , procede la expulsión del recurrente al cumplirse los requisitos previstos en el citado precepto, acordándolo después en el fallo. De ello resulta, en primer lugar, que el recurrente no fue oído expresamente acerca de la posibilidad de la expulsión, lo que determina que no haya podido proponer prueba*

sobre aspectos relevantes, y alegar en consonancia con sus resultados, de manera que no puede afirmarse que estuviera en condiciones de preparar su defensa en relación a la petición de expulsión. Es cierto que, como señala el Ministerio Fiscal, ha existido una posibilidad de contradicción, pues la petición del Fiscal fue seguida del informe de la defensa y de la posibilidad de hacer uso del derecho a la última palabra por parte del acusado. Sin embargo, el principio de contradicción, desde la perspectiva de la defensa, no solo exige la posibilidad de oponerse a las pretensiones de la acusación, sino de hacerlo eficazmente, lo que no ocurre cuando se suprime cualquier posibilidad de probar aspectos relevantes y de alegar sobre el resultado de las pruebas.”

La prueba que debe admitirse será la relacionada con el objeto del debate que es la expulsión, y que pueda practicarse en dicha audiencia. En este punto cabe plantearse si es posible celebrar la audiencia en diversos días o debe regir el principio de unidad de acto. Esta disyuntiva se dará en el supuesto de prueba que, por razones justificadas, no se puede aportar y exige una colaboración activa por parte del órgano judicial.

Entendemos que nada impide que este trámite se pueda celebrar en dos o más sesiones, ni tampoco que a la vista de la vigencia del principio de defensa, se pueda recabar la colaboración judicial en la obtención de la prueba, así oficiando a organismos públicos, etc,. En todo caso, los requisitos de proposición y práctica de la prueba, no están establecidos por el legislador, pero consideramos que ningún obstáculo hay para acudir de forma supletoria a la regulación de la comparecencia de prisión del artículo 505.2 LECRIM.

En todo caso, cabe preguntarse si puede imbricarse un periodo de prueba excepcional, para aquellos supuestos en que la prueba de los que se querían valer las partes no pueda practicarse en el momento de la audiencia, en la mayoría de los supuestos, por precisar del órgano judicial para su práctica, por ejemplo petición de documentos a los Gobiernos Civiles en materia de extranjería, etc. La pertinencia de la prueba debe ponderarse en relación a los criterios que deben ser valorados en orden a resolver o no sobre la expulsión, y en el momento de la expulsión, por lo que queda fuera de esta prueba la propia condición de extranjero sin documentación del penado, que debe ser una premisa probada en sentencia – hechos probados- y no con posterioridad.

e) Resolución judicial: sentencia y auto.

Ni en la redacción originaria del artículo 89 C.P., ni en la primera de sus reformas introducida por la L.O. 8/2000 se indicaba en que concreto momento se debía proceder a la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional, fue la reforma introducida por la L.O. 11/2003 la que vino a señalar expresamente que dicha decisión debía de ser adoptada en sentencia, suscitándose así la duda de si la misma podía adoptarse también en la fase de ejecución.

Ninguna duda parece que existía en la regulación del artículo 21.2 de la L.E. de 1985, ni en el artículo 89 C.P. en sus dos primeras redacciones, es más, la redacción tanto en uno como en otro precepto apuntaba a la fase de ejecución como cauce natural sustitutivo.²²¹

El aplazamiento de la decisión de concesión o no de la expulsión sustitutiva a la fase de ejecución de sentencia se admitió por SSTS 330/1998, de 3 de marzo y 1381/00, de 11 de septiembre.

Pero con la redacción del artículo 89 dada por la reforma de la L.O. 11/2003 el cauce natural para la expulsión se estableció claramente en la sentencia, obligando así al juez sentenciador a ponderar en la causa todas las circunstancias que concurren, garantizando el debate contradictorio en el propio juicio, con audiencia del extranjero al que se garantiza el acceso al correspondiente recurso.²²²

No obstante ello, el Tribunal Supremo admitió que se dilatara dicha cuestión a la fase de ejecución, dado que no existía ninguna prohibición expresa para proceder por esta vía, al entenderse que no debían asumirse interpretaciones maximalistas,

²²¹ THOMAS ANDREU, G. Ob. cit. "En este sentido, por ejemplo, comentando el art. 21.2 LE se dijo que la concreta redacción del precepto ni exige ni impide que la medida se acuerde en la misma sentencia condenatoria que, posteriormente, ganará firmeza. Bien es cierto que al referirse expresamente a la previa audiencia del extranjero, parece referirse a una resolución posterior a la firmeza de la sentencia, pero, en puridad, no se excluye que, formulada por la Acusación –o por la propia Defensa!– en el acto del juicio oral o en la misma calificación de los hechos, la adopción de la medida sustitutiva, y, en consecuencia, oído el acusado-extranjero en el mismo acto, la sentencia condenatoria contemple la expulsión como sustituto de la pena impuesta en la misma"

²²² DELGADO MARTIN, J. "Problemática jurídica de la inmigración ilegal. Perspectivas y proyectos de regulación en el futuro. La persecución internacional" CEJAJ, 2003 . "La ratio de la obligación de decidir la expulsión sustitutiva en la sentencia se ha buscado en que conviene asimismo resaltar que «la sustitución debe decretarse en la propia sentencia, con lo que se garantiza tanto la decisión en forma motiva, como la propia existencia de un previo debate contradictorio en el juicio»"

formalistas y rigurosas que no aportaban ningún beneficio y por el contrario encorsetan más de lo razonable una alternativa a la pena privativa de libertad que puede ser beneficiosa tanto para el Estado como para el propio penado. En este sentido se pronunciaron las STS de 28 de octubre de 2004, 22 de abril de 2005, 28 de septiembre y 23 de noviembre de 2005, 514/2005 de 22 de abril, 274/2006, de 3 de marzo, entre otras.

En todo caso, se indicaba que de admitirse que la decisión pudiera recaer después de dictada sentencia, sería necesario dar audiencia al penado (asistido de su letrado) y la decisión habría de adoptarse en forma de auto motivado, susceptible de apelación dando, por supuesto, audiencia también al Ministerio Fiscal.

En apoyo de la posibilidad de acordar la expulsión en ejecución de sentencia puede citarse como jurisprudencia menor, entre otras, la SAP Ciudad real nº 45/2004, de 7 de julio y la SAP Vizcaya (Sección 2.ª) de 25 de febrero de 2004, indicando esta última que *“no se pronunciaba sobre la petición de expulsión efectuada por el Ministerio Fiscal, habida cuenta de la gravedad del delito por el que ha sido el acusado condenado, por un lado y, toda vez, que por otro lado, tampoco se le ha dado un trámite para que alegue lo que considere oportuno en ese sentido y aporte la prueba necesaria, puesto que únicamente en el acto del juicio oral tuvo ocasión de manifestar a este Tribunal que mantenía una relación sentimental estable con una ciudadana española, que se encontraría actualmente embarazada, es por lo que la Sala no va a efectuar, de momento, pronunciamiento alguno en ese sentido hasta tanto en cuanto en ejecución de sentencia se determine, a la vista de las alegaciones que efectúe y de la documentación que nos aporte, si concurren o no los requisitos para atender a la solicitud de la Acusación Pública sobre la expulsión del mismo”*.

La STS nº 298/2004, de 12 de marzo también parecía apuntar implícitamente hacia la admisibilidad de diferir el pronunciamiento sobre la expulsión a la fase de ejecución de sentencia. Esta misma admisión cabe extraerla de las SSTS Nº 1249/2004, de 28 de octubre y 514/2005, de 22 de abril, la cual remite al trámite de ejecutoria para que con audiencia de las partes se decida sobre la aplicación del artículo 89 C.P.

Los problemas que se suscitaron en relación a la sustitución de la pena en ejecución de sentencia fueron abordados por la STC nº 145/2006, de 8 de mayo, la cual se declaró

“ que si nada se hubiera establecido en la sentencia firme sobre la expulsión sustitutiva no cabría promoverla en ejecución de sentencia, en base a dos razones: porque el citado artículo 89 C.P. facultaba al órgano judicial para acordar la sustitución y pese a ello, nadie la solicitó, ni aquél la acordó pudiendo hacerlo, y porque el citado precepto prevé la sustitución en sentencia si la pena privativa de libertad es inferior a seis años de prisión, y únicamente en el caso de que la pena sea superior a seis años cabe acordarla en fase de ejecución, lo que no sucede en el caso presente”.

No obstante ello, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006 estableció que los Sres. Fiscales habrían de partir de la admisibilidad de la apertura del incidente de sustitución de la pena por la expulsión en fase de ejecución en dos supuestos: 1º) cuando en la sentencia se plantee la aplicación de la expulsión sustitutiva pero por concurrir alguna causa justificada se difiera la decisión a la fase de ejecución de sentencia y 2º) cuando quien solicite en ejecución de sentencia la sustitución de la pena por la expulsión sea el propio reo, al entender que en tal contexto no se conculcaría ninguna garantía del mismo, y por contra podría entenderse que si el fallo no se había pronunciado al respecto pese a concurrir los requisitos legales se había privado al reo injustificadamente de un beneficio, pues como ya se expuso, no puede olvidarse que el Reglamento Penitenciario establece la obligación de que en los centros penitenciarios se informe a los reos sobre las posibilidades de interesar la sustitución de la pena por la expulsión (art. 52).

Con la reforma llevada a cabo en el artículo 89 C.P. por la L.O. 5/2010 se amplió la posibilidad de que la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión se llevara a cabo, además de en la sentencia, en auto posterior, tras un incidente contradictorio, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas, siendo esta redacción más acorde con lo expuesto, dado que si no le había sido posible al acusado alegar lo que considerara oportuno en ese sentido y aportar las pruebas necesarias a tal fin en el acto del juicio, siempre podía diferirse la resolución de esta cuestión en un momento posterior al dictado de la sentencia, previa audiencia de este, de las partes personadas y del Ministerio Fiscal , quienes tras efectuar las alegaciones que tuvieren por conveniente y aportar los medios probatorios necesarios, podían solicitar del juez el correspondiente pronunciamiento al respecto.

Por lo que a raíz de dicha reforma, nada obstaba a que la misma pueda ser adoptada en sentencia y posteriormente en la ejecución, en el correspondiente auto .

La reciente reforma del Código Penal, también contempló esta posibilidad de acordar la sustitución con posterioridad al dictado de la sentencia, y así en el apartado 3º del art. 88 del Anteproyecto de Ley se expresaba que “ *El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena, siempre que ello resulte posible, en los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena.* “

Como hemos expuesto y a ello nos remitimos, en la redacción de dicho artículo dada en el Proyecto de reforma, se introdujo la “*previa audiencia al Fiscal y a las demás partes personadas*”, audiencia que inconcebiblemente no se indica para cuando la sustitución deba acordarse en sentencia, habiéndose obviado igualmente la audiencia previa al penado. En relación a las consideraciones que nos merece esta modificación del precepto, nos reiteramos en lo ya expuesto en el apartado relativo a la audiencia del penado.

f) Expulsión sustitutiva en las sentencias de conformidad. Vinculación del Juez.

En los supuestos de conformidad con el escrito de acusación, ¿ resultaría el juez o tribunal obligado a adoptar la solución que en aplicación del artículo 89.1 C.P. propusiera la acusación? es decir, ¿ quedaría en esta cuestión vinculado el órgano judicial a lo acordado por la acusación y la defensa?.

Si como hemos expuesto, la decisión sobre la expulsión corresponde al juez o tribunal, previo un debate contradictorio en el que las partes plantearan las alegaciones en apoyo de su posición y propondrán las pruebas que estimen oportunas, no parece posible que el órgano judicial quede vinculado por lo acordado al respecto por la acusación y la defensa, pues de admitir dicha vinculación se le estaría hurtando al juez la posibilidad de dictar una resolución conforme a las exigencias del precepto.

Esta es la posición de la STS de 28 de septiembre de 2005 cuando expresa, que el acuerdo sobre la sustitución de la pena no puede venir justificado por la conformidad con los hechos y las penas que comprenda la acusación pública.

La STS de 21 de diciembre de 2004 expresa en este sentido que *“El Ministerio Fiscal no interesaba la expulsión, pero aunque la hubiera pedido, tal conformidad no obliga al tribunal a acordarla, por cuanto tiene que sujetarse exclusivamente a otros parámetros legales, en particular, a la audiencia del Fiscal y a la realización de un juicio de valor, referido al caso concreto, sobre la conveniencia del cumplimiento de la pena en España...”*. A esta misma conclusión llega la STS de 30 de marzo de 2006 y 14 de febrero de 2007.

De lo expuesto se desprende la imposibilidad de incluir en la conformidad la sustitución, lo que requiere del órgano judicial una especial diligencia cuando el acusado vaya a prestar su conformidad, debiendo en este caso informar al acusado que será el juez o tribunal el que decidirá sobre dicho extremo, una vez tenidas en cuenta las alegaciones formuladas por las partes y el Ministerio Fiscal. Un ejemplo de lo expuesto se contempla en la STS de 8 de julio de 2005, en este caso el Ministerio Fiscal interesó la sustitución de la pena por expulsión, el acusado se conformó con la acusación, preguntándole el Presidente de la Sala si estaría conforme con la expulsión, respondiendo el acusado que sí. Seguidamente se hizo constar en el acta: *“la Sala estudiara con posterioridad la posibilidad del cambio de la pena de prisión por expulsión”*, con lo que se informaba a la defensa de la exclusión de esta cuestión del ámbito de la conformidad. En la sentencia se acordó el cumplimiento de la pena.

g) Motivación de la resolución judicial. Recurso en la sentencia de conformidad.

La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales es una cuestión resuelta y reiterada en multitud de sentencias del Tribunal Constitucional, en tanto en cuanto las mismas afectan a derechos tan fundamentales del individuo, como en este caso el derecho a la libertad y el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 154/1995, de 24 de octubre, y 203/1997, 81/1987, de 27 de mayo, y 2/1997, de 13 de enero, y ATC 106/1997, de 17 de abril).

El art. 89.1 en su anterior redacción hacía tan solo referencia a la motivación en las resoluciones que denegaran la sustitución, pero es evidente que la misma debía contenerse también en aquellas resoluciones en las que se acordara la sustitución por la expulsión del territorio nacional y en las que expresamente solicitaba dicha sustitución el penado, a fin de que el afectado pueda conocer las razones que han llevado al

tribunal a adoptar tal decisión, so pena de incurrir en caso contrario el tribunal en una vulneración del derecho a obtener una resolución judicial motivada y a fin de evitar toda posible arbitrariedad.

La reciente redacción del precepto no prevé nada al respecto y obvia cualquier referencia a la motivación de la resolución, sea esta en el sentido que sea. Pero es evidente en base a lo expuesto, que tanto la sentencia, como el auto que acuerde o deniegue la sustitución de la pena por la expulsión del territorio español deberá estar debidamente motivada, explicitando el órgano judicial las razones que le llevaron a adoptar la concreta decisión.

En cuanto a los recursos contra la resolución judicial que acordaba o denegaba la expulsión sustitutiva en relación a la redacción originaria del citado artículo 89 y a la redacción otorgada por la reforma dada por la L.O. 8/2000 se argumentó, que dado que dicha decisión tenía un carácter puramente discrecional para el órgano judicial, la misma no era considerada como susceptible de recurso. En este sentido, la STS 13 de junio de 1998 declaró que *“la expulsión del territorio español prevista en el precepto – art. 89 CP– constituye una decisión discrecional del Tribunal de instancia, como tal no recurrible en casación”*.

Pero cuando la decisión sobre la expulsión sustitutiva tras la reforma operada por la L.O. 11/2003 dejó de ser discrecional, la concepción anterior fue superada y así debemos indicar, de acuerdo con la redacción actual del estudiado precepto, que si la expulsión se decide en sentencia, la misma podrá ser atacada por los mismos cauces previstos para el recurso contra la sentencia (recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, si la sentencia fue dictada por el Juzgado de lo Penal, recurso de casación ante el Tribunal Supremo si la sentencia fue dictada por la Audiencia Provincial y recurso de apelación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia si la sentencia fue dictada en el procedimiento del Tribunal del Jurado), y si la misma se decide por auto podrá ser impugnada a través de los recursos que quepa interponer contra este tipo de resolución.

Si la expulsión se decide por auto dictado por el Juzgado de lo Penal, contra el mismo cabrá recurso de reforma ante dicho órgano de lo Penal y/o recurso de apelación

ante la Audiencia Provincial, y si el auto fue dictado por la propia Audiencia Provincial, el recurso será ante la misma Sala.

Una cuestión que se podría plantear es si sería recurrible la sentencia dictada de conformidad, en la que se incluyera la expulsión sustitutiva, y ello cuando el acusado se hubiera conformado tan solo con la calificación jurídica de los hechos y la pena solicitada, pero no con la sustitución de la pena por su expulsión del territorio nacional.

En este sentido podemos decir que el artículo 787.7º L.E.CRIM. establece que *“únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no se hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente pactada”*, por lo que algún autor entiende que no supondría ningún impedimento la admisión del recurso, ya que la expulsión sustitutiva no fue objeto de la conformidad y el acusado podría recurrir este extremo de la resolución alegando infracción, por inaplicación, de lo dispuesto en el artículo 89 C.P.²²³, máxime si consideramos que el Juez no estaría vinculado a la decisión de conformidad sobre este extremo del acusado.

h) Pluralidad de causas abiertas y acumulación de condenas.

Cuando, como es frecuente, el extranjero residente ilegal está sometido a varios procedimientos penales, la posibilidad de una aplicación efectiva de la expulsión sustitutiva se ve fuertemente perturbada, y no resulta fácil encontrar solución al problema de imposibilidad sobrevenida para hacer efectiva la sustitución por la expulsión ya acordada, y ello por existir procedimientos pendientes en los que no se ha acordado la expulsión, por eso en la práctica forense en unos casos se opta por ejecutar la pena sustituida y en otros, por esperar al resultado de los demás procedimientos, con el consiguiente riesgo de prescripción de la pena.

No obstante estos problemas podrían superarse a través de una adecuada coordinación y con una visión de conjunto de la situación procesal y/o penitenciaria del concreto penado, que podría venir dada desde la propia Fiscalía, pero esto en la práctica no es tan fácil.

²²³ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E. “Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión, sustitución y expulsión.” La Ley. 2008.

A este respecto podemos decir que si el penado extranjero tiene causa penal abierta, entendemos que no existe ningún obstáculo para que, una vez acordada la expulsión sustitutiva en la causa ya finalizada, la autoridad gubernativa que va a proceder a la ejecución (vid. disposición adicional decimoséptima LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) solicite autorización para la expulsión, conforme al art. 57.7 LE, a los Juzgados que estén conociendo las causas “vivas”.

De no concederse tal autorización, nos encontraríamos en el supuesto de imposibilidad sobrevenida por pendencia de otras causas penales por lo que tendría que hacerse uso del inciso in fine del apartado 8º del art. 89 CP, conforme al que 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 período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.

Cuando el reo extranjero irregular ha sido condenado en varias causas, la aplicación de la expulsión sustitutiva va a depender de múltiples variables, entre otras, de la toma de posición previa respecto de la posibilidad de acordarla en ejecución de sentencia y de la posibilidad de aplicarla aunque las penas plurales sumadas excedan de cinco años.

Si las causas son independientes y no acumulables entre sí, si en algunas causas se acordó la expulsión y en otras no, entendemos habrá de procederse al cumplimiento de las penas efectivamente impuestas y ejecutar la expulsión una vez cumplidas éstas, sin perjuicio de que en estos supuestos sea especialmente aconsejable que el Fiscal o incluso el propio penado, en la misma ejecutoria en la que no se haya acordado la sustitución pueda interesar, si procede, la expulsión sustitutiva respecto de las penas que vayan a ejecutarse.

El problema se plantea con más agudeza si las diferentes condenas que pesan sobre el reo son acumulables o ya han sido acumuladas por conexidad conforme a lo dispuesto en el artículo 76.2 CP y 988 LECRIM..

A este respecto entiende algún autor que puede defenderse que de ser procedente la acumulación para fijar el máximo de cumplimiento, una vez practicada ésta podrá el Juez que ha llevado a efecto la acumulación, que debe ser el que dictó la última

sentencia condenatoria, a instancia del Fiscal o del propio penado, acordar la expulsión, operando a través del cauce de la propia ejecutoria y aunque no se haya acordado la expulsión sustitutiva en las causas cuyas penas se han acumulado, siempre que se den los demás requisitos del artículo 89 CP y especialmente la audiencia, con asistencia letrada, del penado extranjero.²²⁴

En este mismo sentido se han suscitado interesantes cuestiones por algún otro autor, al plantear ¿a cuál de los juzgados o tribunales cuyas penas se han refundido deberá hacerse la petición y quién la autorizará?. Por ejemplo si se trata de seis penas de seis meses refundidas en una de 18 meses, ¿habrá que sextuplicar el trámite? No parece lógico, por lo que el argumento a favor de la competencia exclusiva del juez o tribunal que, o bien esté obligado a acumular las penas, una vez acumuladas o bien ya lo haya hecho parece el más adecuado, pues este será el que habrá librado la liquidación refundida y el correspondiente mandamiento de penado.

Pero la configuración de la pena resultante como nueva, distinta y autónoma de las anteriores determinara, no sólo como se ha dicho que la expulsión sustitutiva deberá ser acordada por quien la ha determinado, sino que esta solamente sería posible si la suma resultante de las penas refundidas no superara los seis años de prisión²²⁵, y ello si se sigue la corriente doctrinal de considerar que no es posible la expulsión sustitutiva cuando el reo hubiera resultado condenado a varias penas, que si bien consideradas individualmente no superan los seis años de privación de libertad, si que excede de dicho límite la suma de las mismas.

II.7. Efectos de la expulsión.

Las consecuencias de la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del penado del territorio español son las siguientes:

a) Salida del extranjero del territorio español. Prohibición de regresar. Materialización de la expulsión.

²²⁴ DE LA ROSA CORTINA, J. M. Ob. cit.

²²⁵ SALCEDO VELASCO, A. Ob. cit.

El primero de los efectos de la expulsión es la salida del penado de nuestro país y la prohibición de regresar al mismo en un determinado plazo.

Establecía el apartado segundo del anterior artículo 89 que “*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*”.

La reciente Reforma del Código Penal de 2015, mantiene en el apartado 5 del art. 89 idéntica redacción.

A este respecto tenemos que indicar que el primero de los efectos de la medida de expulsión sustitutiva es, como se ha dicho, la salida del territorio nacional, pero también la prohibición del extranjero de regreso al mismo territorio en un determinado plazo, territorio español que se amplía a todo el territorio europeo donde se aplica el Convenio Schengen (países de la Unión Europea, del Espacio Económico Común y Suiza), en virtud del artículo 5 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, por lo que el expulsado pasará a integrar una lista, que forma parte del Sistema de Información previsto en el Acuerdo Schengen, que lo convierte en “*rechazable*” en cualquiera de los Estados de la Unión Europea, por lo que en virtud de esta previsión el ámbito espacial al que se extiende la prohibición de entrada abarca, como hemos indicado, el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea, con lo que la Dirección General de la Policía tendrá que incluir al expulsado en la lista de no admisibles, según el artículo 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen²²⁶.

El artículo 89 C.P., tanto en su redacción originaria como en la resultante de la reforma de L.O. 8/2000, establecía un plazo de tres a diez años en el que el extranjero no podría regresar a España, contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena, estableciéndose como consecuencia si regresare en ese periodo, el cumplimiento de las penas sustituidas.

A raíz de la reforma llevada a cabo por la L.O. 11/2003, se fijó el plazo en diez años, y en todo caso, mientras no hubiere prescrito la pena, por tanto, con esta

²²⁶ El Sistema de información de Schengen incluye exclusivamente las categorías de datos que proporciona cada una de las Partes y que son necesarios para los fines previstos en los artículos 95 a 100 del Convenio: personas buscadas a efectos de extradición, extranjeros incluidos en la lista de no admisibles, datos relativos a personas desaparecidas o que deban ser objeto de protección, etc.

modificación se introdujo una cláusula de mayor rigidez en cuanto a la prohibición de regreso, la cual se establecía en un mínimo de 10 años, con independencia de la duración de la pena impuesta y del delito cometido, al que debía de añadirse el que, en su caso, restara para la prescripción de la pena, por lo que si el plazo de prescripción de la pena era superior a los diez años, a él habría de estarse. Se superaba con esta reforma la anterior redacción que permitía al juzgador, como hemos apuntado, modular el plazo de prohibición, de tres a diez años, atendida la pena impuesta.

Esta supresión de la facultad de modulación fue objeto de severas y fundadas críticas por conculcar el principio de proporcionalidad, entre otros, Y así el Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2010, consideró que la redacción originaria era más adecuada en atención al necesario respeto a los Derechos Humanos y en consonancia con lo previsto en el artículo 58 de la LO 4/2000.

Quizás en atención a lo expuesto, una de las novedades introducidas en la redacción de este precepto, dada por la reforma de L.O. 5/2010, más acorde con el principio de proporcionalidad mencionado, fue la posibilidad de modular el periodo de prohibición de regreso a España del extranjero, como se contenía en las regulaciones precedentes a la citada reforma de L.O. 11/2003, estableciéndose un periodo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, en atención a la duración de la pena sustituida y a las circunstancias personales de penado, circunstancias entre las cuales puede valorarse el arraigo del extranjero en nuestro país, teniendo en cuenta si la permanencia del sujeto en España es o no continuada, si tiene antecedentes penales en España o en su país de origen, si posee un contrato de trabajo con una cierta duración, así como la existencia de vínculos familiares y domicilio conocido.

Pero ha de indicarse que esta previsión normativa puede entrar en colisión con lo establecido en el artículo 58 de la Ley de Extranjera, pues la misma prevé una duración de dicha prohibición que en todo caso no excederá de cinco años, contemplándose como excepción el periodo de diez años cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, por lo que algún autor ha considerado que el legislador debería haber rebajado los límites y

situar el límite máximo de prohibición de regreso en los cinco años, para asegurar así una armónica aplicación de los dos preceptos normativos²²⁷.

Por otro lado es significativo el hecho de que el precepto regule el computo del plazo de prohibición de regreso a España, fijando el *dies a quo* en la fecha en la que se materializa la expulsión y no en la fecha de la resolución que la acuerda, y siendo práctica común que la efectividad de la expulsión se suele demorar en muchos casos, parece que el legislador ha querido comenzar a contar el plazo de prohibición de regreso desde la efectiva expulsión, y ello aunque la resolución ya se hubiera dictado tiempo atrás.

También es significativo que la redacción actual no contenga referencia al plazo de prescripción de la pena como lo hacía anteriormente, por lo que todo hace pensar que una vez concluido el periodo impuesto de expulsión al extranjero, este podrá regresar a España aunque la pena pudiera no estar todavía prescrita. Consideramos que ha perdido el legislador la oportunidad de haber introducido estas puntualizaciones en la reciente reforma, las cuales hubieran sido más acordes con los derechos de los extranjeros.

Por otra parte, conviene reiterar que la prohibición de regreso a España queda ampliada a todo el territorio europeo donde se aplica el Convenio Schengen y que la Directiva 2001/40/CE, de 18 de mayo de 2001, establece el reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países²²⁸.

Y como ya indicamos, pese a haberse ejecutado la expulsión, no procederá archivar la ejecutoria habrá, en su caso, de procederse a ejecutar los aspectos relativos a la responsabilidad civil, remitir la hoja histórico penal al Registro de Penados y liquidar el tiempo de duración de la prohibición de entrada en España, comunicando tal liquidación a la Dirección General de la Policía. Una vez practicadas tales diligencias procederá acordar el archivo provisional de la ejecutoria, que sólo se tornará definitivo una vez transcurrido el plazo de prohibición de entrada.

²²⁷ GUIASOLA LERMA, C. “Consideraciones político-criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal.” Estudios Penales y Criminológicos XXX. Universidad de Santiago de Compostela.

²²⁸ DELGADO MARTIN, J. Ob. Cit.

b) Materialización de la expulsión. Ingreso en los Centros de Internamiento de Extranjeros.

En cuanto a la materialización de la expulsión, tras la reforma operada en el artículo 89 C.P. por la L.O. 11/2003, se puso de relieve por la doctrina que la omisión por parte del legislador de una regulación expresa del procedimiento para materializar la expulsión acordada por el órgano judicial en sentencia, en aplicación del artículo 89 –o del artículo 108 CP– debía ser integrada por el intérprete.

Se planteaba, no sin forzar el tenor de la ley, la posibilidad de colmar las lagunas conforme a las disposiciones generales sobre ejecución de sentencias.

Los problemas que han ido surgiendo en la ejecución de dicha medida se han ido solucionados, al menos en parte, por la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que al margen del artículo 89 CP, y de la LECrim, en su disposición adicional decimoséptima, sobre *“Comunicaciones de los órganos judiciales a la autoridad gubernativa en relación con extranjeros”*, establece, en su párrafo segundo, la obligación de los órganos judiciales de comunicar a la autoridad gubernativa *“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”*.

Cuando se trate de sentencias dictadas de conformidad en el Juzgado de guardia, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 801.1.4 LECRIM, es decir, *“dictada sentencia de conformidad y practicadas las actuaciones a que se refiere el apartado 2, el juez de guardia acordará lo procedente sobre la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado y realizará los requerimientos que de ella se deriven, remitiendo*

seguidamente las actuaciones junto con la sentencia redactada al Juzgado de lo Penal que corresponda, que continuará su ejecución”.

Por tanto queda claro que también podrá el Juez de Instrucción acordar el ingreso en prisión del extranjero, hasta en tanto se lleve a efecto la expulsión acordada, y que no cabe el ingreso del extranjero en un centro de internamiento, sino que deberá ingresar en prisión, hasta en tanto se haga efectiva la expulsión.

La adecuada comunicación de los órganos judiciales con las Delegaciones del Gobierno y con los Grupos de Extranjería de la Policía Nacional, como órgano de auxilio para materializar la ejecución deviene así esencial.

Y así en la comunicación u oficio que deba remitir el juez o tribunal a las autoridades administrativas, tendrá que acompañar también copia de la sentencia, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 89.1.6 C.P., pues otro de los efectos de la expulsión para el extranjero será, el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización de este para residir o trabajar en España.

Pero como es frecuente que entre el momento del dictado de la resolución que acuerde la expulsión y la materialización de esta transcurra un cierto tiempo, el legislador ha establecido como regla general que el ingreso del penado en prisión sea inmediato, pero la rigidez de esta norma debe tener alguna posibilidad de flexibilización para evitar resultados desproporcionados, y por eso cabrá, en circunstancias definidas por su excepcionalidad y tratándose de reos en libertad provisional durante el proceso, otorgarles un plazo para que puedan cumplir voluntariamente la sentencia, abandonando el territorio nacional, plazo que podrá oscilar entre siete y treinta días y comenzará a contar desde el momento de la notificación de la resolución que así lo acuerde (art. 63 bis LOEX) . Esta solución es especialmente recomendable para supuestos de penas cortas de libertad provisional, que de ordinario no habrían motivado el ingreso en prisión, pues quizás la brevedad de su duración no va a dar un suficiente margen a las autoridades administrativas para ejecutarla.

El artículo 28.3 LOEX parece partir de la inmediatez en la ejecución de la expulsión cuando dispone, *“que la salida será obligatoria en los siguientes supuestos: a) Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal”.*

Pero para todos esos supuestos en los que, por las circunstancias concurrentes no se estimara procedente acordar el inicio de la ejecución de la pena y, por tanto, el ingreso en prisión del extranjero, pese a la rigidez de la disposición adicional decimoséptima de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, la LOEX permite encauzar las actuaciones subsiguientes de una forma más respetuosa con el principio de proporcionalidad.

Por tanto, existiendo una resolución de expulsión ya dictada y notificada, se fijaba el plazo en el que el extranjero venía obligado a abandonar el territorio español, y en el caso de no hacerlo se podía proceder a hacer efectiva su expulsión, deteniéndolo y conduciéndolo hasta el punto de salida, pero si ésta no podía ejecutarse en el plazo de setenta y dos horas, siempre le quedaba al tribunal sentenciador, proceder conforme a la Disposición decimoséptima de la L.O. 19/2003 para hacer efectiva la expulsión decretada.

De todas formas la reforma del citado precepto introducida por la L.O. 5/2010 vino a indicar al respecto que *“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”*.

Idéntica redacción del precepto se ha mantenido en la reforma introducida por la L.O. 1/2015, por lo que a partir de la anterior reforma, y también en la actualidad, en lugar de acordarse el ingreso en prisión del penado, hasta en tanto se materializa la expulsión, lo que deberá decretarse es el ingreso del mismo en un centro de internamiento de extranjeros, por un periodo máximo de sesenta días, y si no es posible en dicho periodo llevar a efecto la expulsión del extranjero, este deberá quedar en libertad y se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta, aplicando, si es el caso, la suspensión de la ejecución de la pena o del periodo de condena pendiente, para decretarse el ingreso en prisión, si no es posible aplicarle ningún beneficio legal (art. 89.8 C.P.).

Al respecto hay que señalar que el tiempo de privación de libertad del extranjero en el centro de internamiento no se configura como de ejecución de la pena o medida,

sino como un internamiento meramente administrativo, con los límites y garantías que le son propios²²⁹, sin que se establezca una previsión para el abono del tiempo de este internamiento para el caso de que finalmente la pena de prisión haya de ser cumplida, bien porque la expulsión no ha podido llevarse a efecto, bien porque el extranjero expulsado regrese a España antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente (artículo 89.7), por lo que consideramos que la reciente reforma tendría que haber aprovechado la ocasión para prever en este último supuesto unas reglas de conversión para el abono proporcional de los días de internamiento cumplidos.

En relación a este tipo de ingreso administrativo, la Fiscalía General del Estado en su Circular 5/2011 advierte que el ingreso de un condenado a penas de prisión parece incompatible con el ingreso cautelar en un centro de Internamiento para Extranjeros (CIE), dado que al ser establecimientos públicos de carácter penitenciario –artículo 62 bis LEX- no sólo carecen de medidas de seguridad adecuadas y personal cualificado, sino que también puede alterarse su régimen normalizado de funcionamiento, por la necesidad de separar internos que han cometido una mera infracción administrativa, de aquellos condenados en sentencia penal, por lo que el ingreso en un CIE debería quedar limitado para los extranjeros que hubieran sido condenados a penas privativas de libertad de localización permanente, responsabilidad subsidiaria por impago de multa o penas de prisión inferior a tres meses pues ninguna de ellas exigen el ingreso en centro penitenciario. Excepcionalmente, sigue diciendo la citada circular, que ponderando todas las circunstancias concurrentes los Fiscales también podrían interesar el ingreso en CIE de aquellos condenados a penas de prisión que hubieran podido haber sido consecuencia de la aplicación del antiguo artículo 88 C.P. (supuestos de sustitución de la pena).

En relación al internamiento de ciudadanos pertenecientes a países de la Unión Europea, cuando respecto de los mismos se ha dictado un decreto de expulsión por la autoridad gubernativa, basado en alguno de los supuestos excepcionales previstos en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero sobre Entrada, Libre Circulación y Residencia en España de Ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo, se están produciendo

²²⁹ CUGAT MAURI, M. “*La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros (art. 89 C.P.)*”, en GONZALO QUINTERO OLIVARES (director) “*La reforma Penal de 2010. Análisis y comentarios*”. Aranzadi, 2010.

dictámenes dispares por parte de los Fiscales, en cuanto a la posibilidad de informar favorablemente al referido internamiento.

Y las posturas existentes son dos: la primera, defiende que es conforme a ley la adopción de la medida de internamiento para los ciudadanos comunitarios, cuando concurren las exigencias de excepcionalidad y proporcionalidad propias de una medida restrictiva de un derecho fundamental como es esta, pero frente a esta postura, en otras Fiscalías Provinciales como la de Madrid permanece vigente un acuerdo contrario alcanzado en la Junta de Fiscales Decanos y que dio lugar a la Instrucción 2/2011 de la Fiscalía Provincial de Madrid, que aboga por la negativa a informar favorablemente al internamiento, en base a la carencia de una previsión legal expresa para sustentar tal medida de internamiento y en la apreciación de que la expulsión de un ciudadano de la Unión debería llevarse a cabo diligentemente –entiéndase dentro de las 72 horas posteriores a su detención- lo cual haría del internamiento una medida desproporcionada.

No obstante, en la práctica los jueces y tribunales son reacios a privar de libertad (bien en CIE, bien en Centro Penitenciario) a los extranjeros a quienes han condenado a pena privativa de libertad que han decidido sustituir por la expulsión, dado el carácter facultativo de la medida (“podrá acordar”) y, si bien no se recoge en el texto, la decisión judicial habrá de ser motivada y respetar los derechos fundamentales de defensa, incluidos los previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 6.3²³⁰.

Por último indicar que en la práctica forense suele suceder que el juez o tribunal sentenciador acuerda la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, pero no se pronuncia sobre el ingreso en centro penitenciario ni en el CIE, y en estos supuestos cuando el penado es detenido posteriormente es frecuente que sea puesto a disposición del Juez de Instrucción de guardia del lugar de la detención, acompañando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a esta puesta a disposición, una solicitud de internamiento como si de un procedimiento administrativo sancionador se tratara, cuestionándose en estos casos el Juez de Instrucción su propia competencia para llevar a

²³⁰ VELÁZQUEZ VIOQUE, D. “Expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España”, en Ortiz de Urbina GIMENO, I. (coord.), *Memento Experto Reforma Penal 2010*, Madrid, 2010.

cabo ese internamiento, al no existir un mandamiento del tribunal sentenciador, a cuya disposición entiende, debiera haberse puesto el detenido.

Como hemos dicho, la reforma del Código Penal de 2015, mantiene en el apartado 8 del art. 89 C.P., idéntica redacción a la prevista en el anterior art. 89.6 C.P., sin que se haya aprovechado la misma para dar solución a las cuestiones discutidas, a pesar de las críticas surgidas durante la tramitación parlamentaria, pues con esta regulación se permite que los extranjeros condenados por delitos y pendientes de expulsión del territorio nacional sean ingresados cautelarmente en los centros de internamiento, junto con otros extranjeros irregulares a quienes la única infracción que cabe reprocharles es el carecer de la documentación en regla²³¹.

Y como hemos dicho, si finalmente la expulsión no pudiera llevarse a cabo, se procederá al cumplimiento de la pena impuesta, de la pena pendiente o de la suspensión de la misma.

La reforma tan solo ha suprimido la referencia que se hacía anteriormente a la sustitución de la pena, pues con esta ha quedado como una modalidad de suspensión de ejecución de la pena de prisión.

c) Archivo de los procedimientos administrativos que tuvieran por objeto residir o trabajar en España.

Como establecía la anterior redacción del artículo 89 C.P. en su apartado tercero *“la expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España”*, es decir, renovaciones, residencia de larga duración, autorización para trabajar.

La reforma de 2015, mantiene idéntica redacción en el apartado 6º del art. 89.

En relación a la ejecutoria penal y a la pieza principal se procederá al archivo provisional de la misma en tanto transcurre el plazo de prohibición o el de la prescripción de la pena, y una vez concluidos dichos plazos se procederá al archivo definitivo, sin embargo en relación con los posibles pronunciamientos civiles que contenga la sentencia, la expulsión del extranjero no es causa para que se archive la

²³¹ Enmienda nº 122, Grupo Parlamentario de IU. ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural. Boletín Oficial de las Cortes Generales del 10 de diciembre de 2014.

pieza separada de responsabilidad civil, por lo que deberá continuarse con la localización y realización de los bienes del penado, si la indemnización a la que fue condenado no la hubiere hecho efectiva.

El artículo 21.2.2.º de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, indicaba que “.. *el Juez o Tribunal podrán acordar...su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueran aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar...*”. De lo que se desprendía que no podía considerarse como impedimento para la expulsión la falta de aseguramiento de responsabilidades civiles. Esta fue por lo demás la interpretación que realizó el TC analizando el anterior artículo 89 (que a tales efectos es idéntico al actual) respecto del artículo 21 LO 7/85 ATC núm. 106/1997 (Sala Primera), de 17 abril)²³².

De todas formas, la CFGE 3/2001 establecía que “*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*”.

Por tanto ha de concluirse que aunque el órgano de enjuiciamiento acuerde en sentencia o posteriormente en auto la expulsión sustitutiva, no por ello habrá de omitir los pronunciamientos que procedan sobre responsabilidad civil, y estos pronunciamientos habrán de ser en la medida de lo posible, objeto de la ejecución.

Por otro lado cabe plantearse la necesidad de cohonestar la expulsión sustitutiva con los intereses de los perjudicados, y así algún autor ha propuesto que deberían ser oídos los perjudicados como consecuencia de los principios de audiencia y

²³² En la referida resolución considera el TC que “...el art. 89 NCP viene de un lado a ampliar las posibilidades de sustitución de la pena de hasta seis años de privación de libertad impuesta a un extranjero por la medida de expulsión del mismo del territorio nacional, ya que no se exige para ello que se asegure el cumplimiento de las responsabilidades civiles, y de otro lado la restringe, en comparación con el modelo anterior de la LO 7/1985, a los extranjeros no residentes legalmente en España”.

contradicción vigentes en nuestro ordenamiento penal, por analogía con lo dispuesto en el artículo 86 del CP²³³.

La actual redacción del artículo 89 C.P.(al igual que sus redacciones precedentes) nada expresa al respecto, pero quizás podría darse relevancia y ponderarse los intereses de las víctimas cuando las mismas se hayan personado en el procedimiento, pues el precepto en su anterior redacción (art. 89.2) preveía la audiencia de estas con carácter previo al pronunciamiento del juez o tribunal sobre la expulsión sustitutiva, y entendemos que dicha audiencia debe mantenerse a tenor de lo dispuesto en el actual art. 89.3, tanto cuando se haya acordado la sustitución en sentencia, o posteriormente a esta, por auto, aunque debe reconocerse que lo usual es que sea muy difícil lograr obtener un resarcimiento de extranjeros autores de delitos, principalmente por la escasa capacidad económica de los mismos.

d) Incidencia en la petición de indulto.

El art. 4.4 C.P. establece en relación al indulto que “ *si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria*”, por lo que parece que este precepto se está refiriendo a la pena y si se considera que la expulsión no es una pena sino una medida de seguridad no privativa de libertad (art. 96 C.P.), como se expuso al hablar de la naturaleza jurídica de esta figura penal, y dado el automatismo que imponía el 89 en su anterior redacción, parece que no cabía más que concluir que no sería posible la suspensión de la expulsión cuando se hubiera solicitado el indulto, máxime cuando se hubiere acordado en una sentencia de conformidad. Quizás esta conclusión habría que revisarla al amparo de lo previsto en el apartado 4 del actual art. 89, que viene a mitigar de alguna forma la automaticidad de la expulsión, al prever que la misma no procederá

²³³ CALVO-RUBIO BURGOS, J.B. Ob. cit. Continúa diciendo este autor que “desde luego que no habría ninguna duda en cuanto a la necesidad de oír a los perjudicados cuando el delito porque haya sido condenado sea de los perseguibles previa denuncia o querrela del ofendido, por analogía con lo dispuesto en el art. 86 del CP”.

cuando a la vista de las circunstancias del hecho y las personas del autor, en particular, su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.

II.8. IMPOSIBILIDAD DE LLEVAR A EFECTO LA EXPULSION.

Es habitual en la práctica que decretada la expulsión del extranjero esta no pueda llevarse a cabo, por desconocerse o no quedar acreditada la nacionalidad del penado, porque este no sea reconocido como nacional por el país extranjero del que se supone es nacional, por tratarse de países que por situaciones excepcionales no acepten a sus nacionales, porque existan impedimentos burocráticos, imposibilidad del transporte ..., por lo que establecía taxativamente el párrafo 5º del artículo 89.1 C.P., según redacción dada por la L.O. 11/2003, que en este supuesto debía de procederse al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta, o del periodo de condena pendiente.

Y ello es así porque no puede olvidarse que la pena impuesta no se extingue con la expulsión, sino que simplemente queda en suspenso y es sustituida por la expulsión una vez esta llega a materializarse, planteándose así la duda de si en estos casos el órgano judicial debía acordar sin más el ingreso del extranjero en prisión para el cumplimiento de la pena, o podría optarse por la realización del correspondiente trámite procesal para determinar si le era aplicable al penado algún beneficio en la ejecución de la pena, como podía ser la suspensión de la ejecución de la pena o su sustitución, conforme a lo establecido en la redacción anterior a la reciente reforma de los artículos 80, 81, 87 y 88 C.P.

También puede decirse que ante las dificultades previsibles para llevar a cabo la expulsión incluso algunos órganos judiciales optaron directamente por no acordarla²³⁴.

Pues bien, sobre el interrogante plantado debemos indicar, como así lo declaro el Tribunal Constitucional, que la exclusión de la aplicación de los artículos 80, 87 y 88 CP, a que se refería el artículo 89.1 párrafo tercero introducido por la reforma de la L.O.

²³⁴ La SAP núm. 229/2002 Valencia (Sección 4.ª), de 14 octubre Procedimiento abreviado núm. 45/2002. optó por no acceder a la expulsión sustituitiva ante lo incierto de la nacionalidad de la penada, que refería ser nacional de Sierra Leona pero sin que hubiera quedado constancia de tal extremo.

11/2003 solamente se había de entender de aplicación en los supuestos en que se llevara a efecto con éxito la expulsión.

Frustrada ésta, de nuevo serían plenamente aplicables las disposiciones generales sobre la ejecución de la pena , sin que por tanto pudiera interpretarse el inciso de cumplimiento de la pena privativa de libertad como inexorable ingreso en prisión , pues otra interpretación supondría un tratamiento jurídico diferenciado para el extranjero, más gravoso y sin duda opuesto a la Constitución por discriminatorio, y por tanto contrario al derecho de igualdad en relación con el derecho a la libertad personal para aquellos extranjeros no residentes legalmente en España, cuya expulsión del territorio nacional hubiera sido decretada como alternativa al cumplimiento de una pena privativa de libertad, cuando dicha expulsión no hubiese podido ser llevada a efecto, puesto que el cumplimiento de la pena de prisión resultaría indefectible al no poder aplicarse, aunque concurrieran los requisitos legalmente establecidos la suspensión de la ejecución de la pena, ni su sustitución, por lo que la conclusión no podía ser otra que aplicar en los casos en que fuera procedente las disposiciones sobre sustitución y suspensión de la pena²³⁵.

A este respecto se formuló una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el citado apartado tercero del artículo 89 C.P., que fue inadmitida por el Pleno de T.C. en Auto nº 132/2006, de 4 de abril, por considerarla infundada, dado que de una lectura adecuada del precepto se apreciaba la adecuación del mismo a la Constitución, y ello porque era obvio que el último párrafo del artículo 89.1 C.P. no establecía ninguna previsión sobre la imposibilidad de aplicar los artículos 80, 87 y 88 C.P. en los supuestos en que la expulsión no pudiera finalmente verificarse, argumentando además dicho Tribunal que el uso del término “cumplimiento” no determinaba necesariamente el ingreso en prisión, puesto que, como ya destacaba el Fiscal General del Estado, dicho término en el contexto del Código Penal no era sinónimo de ingreso en prisión, tal y como se acreditaba con su utilización, por ejemplo, en los artículos 73, 75 y 76 C.P. en relación al establecimiento de los límites máximos de cumplimiento en supuestos de

²³⁵ En similares términos se manifestó la CFGE 2/2006 la cual añadió una importante precisión al indicar que “cuando la imposibilidad de materializar la expulsión se hubiera debido a una voluntad deliberadamente rebelde del penado extranjero concretada en actos obstruccionistas, tal circunstancia habrá de ponderarse debidamente a la hora de optar por el cumplimiento en prisión o por la sustitución de la pena, para evitar que resulten “premiados” dichos comportamientos, lo que constituiría una incoherencia desde el punto de vista político criminal.”

concursos reales de delitos, utilización que, evidentemente no prejuzgaba la aplicabilidad de los sustitutivos penales.

Así mismo señalaba el Alto Tribunal que cuando el artículo 89.1, tercer párrafo C.P. indicaba que *“la expulsión de llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 C.P.”*, se hacía dicha referencia al caso de que la expulsión se llevara a efecto, lo que no era el supuesto regulado en el último párrafo en el que se preveían los efectos legales cuando la expulsión no se podía llevar a cabo.

De todas formas esta cuestión que se planteo dudosa, debido quizás a una deficiente redacción del artículo 89 C.P., quedo zanjada en la reforma introducida por la L.O. 5/2010, la cual expresamente señaló en el párrafo 2º del apartado sexto que: *“ 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”*.

Como expusimos cuando tratamos el tema relativo a la materialización de la expulsión pueden darse diferentes supuestos:

a) que el juez o tribunal haya decretado el ingreso en prisión del penado extranjero hasta en tanto se materialice la expulsión, o que este ya se encontrara en prisión en situación de preso preventivo por haberlo estado con anterioridad a ser condenado en esa causa, en este supuesto 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;

b) que por las circunstancias concurrentes no se estime procedente acordar el inicio de la ejecución de la pena y, por tanto, el ingreso en prisión y se fije un plazo en el que el extranjero venga obligado a abandonar el territorio español. En este supuesto puede el penado abandonar voluntariamente el territorio español o puede no hacerlo, en cuyo caso se podrá proceder a hacer efectiva su expulsión deteniéndolo y conduciéndolo

hasta el punto de salida, pero si ésta no pudiera ejecutarse en el plazo de setenta y dos horas, podría el tribunal sentenciador proceder conforme a la Disposición decimoséptima de la L.O. 19/2003 para hacer efectiva la expulsión decretada, o como establecía el artículo 89.1.6 párrafo primero, 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.

También cabía la posibilidad de plantearse si era o no posible la aplicación de estas figuras (artículos 80, 87 y 88 del Código Penal) en los casos en los que, no se trataba de supuestos en los que no se haya podido materializar la expulsión, sino aquellos otros en los que el órgano sentenciador, por apreciar razones que lo justifiquen, decida no sustituir la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión, dado que precepto decía textualmente que acordará la sustitución “*salvo que (...) aprecie razones que justifiquen el cumplimiento en un centro penitenciario en España*”, y al respecto señalaba la Instrucción 2/2011 de la FGE que en el caso en que se acordara la expulsión por auto posterior, los requisitos deberían ser los mismos ya expuestos en los apartados anteriores para los diferentes supuestos. Pero esto sólo tenía cabida en los supuestos en los que tal cuestión no había sido resuelta, negativa o positivamente, en la sentencia condenatoria dictada, pues ello iría en contra de la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

La reciente reforma de 2015, en el número 8, párrafo segundo del artículo 89 reproduce íntegramente el tenor de número 6 del artículo 89 del anterior Código Penal, de modo que si la expulsión acordada no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del periodo pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma, omitiendo la referencia que se hacía anteriormente a la sustitución en los términos del art. 88 C.P., pues como se ha mencionado, la reforma modifica sustancialmente el régimen de las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad, instaurando un sistema unitario de suspensión, conservando únicamente su autonomía la sustitución de las penas de prisión impuestas a ciudadanos extranjeros, por la expulsión del territorio nacional.

II.9. Retorno del extranjero. Consecuencias.

Tanto en la redacción originaria dada al artículo 89.3 C.P., como en la modificación de dicho precepto operada por la L.O. 8/2000 se disponía que el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión, con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuera sorprendido en la frontera, sería expulsado por la autoridad gubernativa, por lo que es evidente que con dicha consecuencia lo que se pretendía era evitar en la medida de lo posible la ejecución de la pena en España²³⁶.

El apartado tercero del citado artículo, según redacción dada por la L.O. 11/2003, disponía que *“el extranjero que intentara quebrantar la decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se referían los apartados anteriores sería devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad”*, por lo que con esta redacción se seguía el criterio general de la LOEX establecido en el apartado 6 del artículo 58 -introducido por la reforma 14/2003, de 20 de noviembre- en cuya virtud se establecía que *“la devolución acordada en el párrafo a) del apartado 2 de este artículo (los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España) conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada”*.

Según lo expuesto, el citado apartado tercero del artículo 89 C.P. en opinión de algunos autores otorgaba un mismo tratamiento a dos supuestos distintos: al extranjero expulsado sorprendido en frontera y al extranjero expulsado hallado en territorio español, aplicándole la misma consecuencia jurídica, esto es, la devolución y el reinicio del cómputo²³⁷, en contra de lo dispuesto en la antigua redacción del artículo 89 C.P. en

²³⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. Ob. cit. “el núm. 3 del art. 89 original indica que el deseo de evitar procesos judiciales y expedientes administrativos ha prevalecido sobre cualquier consideración jurídico penal. No se perseguirá el quebrantamiento consumado o en grado de tentativa, pero el condenado seguirá fuera de España”. Este mismo autor considera que “parece... que el cumplimiento de las penas sustitutivas no sería óbice para tipificar el quebrantamiento de la medida de expulsión conforme al art. 468, imponiéndole la pena prevista para quien no estuviere privado de libertad”.

²³⁷ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. “Extranjeros inscritos en el sistema de información de Schengen como no admisibles y eficacia en España de resoluciones de expulsión acordadas por otros estados de la Unión Europea.” *Revista de Derecho migratorio y extranjería de la Universidad de la Rioja*. Nº 13, 2006

Quien expresaba que “no se ha previsto sin embargo explícitamente el supuesto de quebrantamiento consumado, que sí se preveía en el inciso final del art. 89.2 CP en su redacción originaria, conforme al cual «si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas». Ello nos suscita el tener que determinar las consecuencias del quebrantamiento consumado, que deberían ser

el cual sí se distinguían los dos supuestos, dándoles diferente tratamiento, pues en el caso de que el extranjero fuera hallado en territorio español, este debería cumplir la pena sustituida, proveyéndose la devolución por la autoridad gubernativa, para el caso de ser sorprendido en la frontera.

Por tanto con la reforma del 2003, los criterios a seguir ante los supuestos de tentativa de regresar o de regreso a España consumado, por parte del extranjero en incumplimiento de la prohibición, eran en ambos casos los de devolución inmediata. Ya no cabía la posibilidad prevista en el inciso final del artículo 89.2 CP en su redacción originaria, conforme al cual “*si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas*”, ni la previsión de la Circular 3/2001 en el sentido de que en tal caso el reo sería ingresado en prisión para cumplir la totalidad de la pena pendiente. Tampoco procedería la apertura de nueva causa por desobediencia o quebrantamiento de condena, pues la respuesta que en todo caso preveía el artículo 89.3 era la de devolución por la autoridad gubernativa²³⁸.

No obstante, si no podía materializarse esta segunda expulsión se entendía que entraría en juego el párrafo cuarto del artículo 89.1, con el consiguiente inicio o reinicio del cumplimiento de la pena total o parcialmente sustituida.

La redacción del artículo 89 C.P. en su apartado 4º, dada por la L.O. 5/10 vino a prever las dos situaciones que se podían dar, como ya lo hacía en su redacción

conforme a los principios generales de la sustitución el cumplimiento material de la pena, sin perjuicio de la expulsión posterior, ex art. 57.2 LOE; pero a esta solución se opone que dichos principios generales no existen legalmente explicitados como tales, y que la mención de la expresión devolución es alusiva a una figura repatriativa que comprende tanto el caso que nos ocupa de intento de quebrantamiento en frontera, como los casos de quebrantamiento consumados.

Efectivamente, conforme al art. 58.2 LOE «no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España; b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país.»

²³⁸ En este mismo sentido, según el Informe del CGPJ de 26 de febrero de 2003 sobre el Anteproyecto “en el apartado 3 se prevé que la autoridad gubernativa devuelva al extranjero que intente quebrantar la decisión judicial de expulsión, empezando a contar de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad, medida de evidente carácter disuasorio. No se contemplan las consecuencias que la entrada efectiva en España puede tener, situación perfectamente posible en la práctica y que antes suponía el cumplimiento íntegro de las penas impuestas, con el problema de no existir regla concreta de conversión del periodo de no estancia en España a efectos de su abono. Se podría acudir, por tanto, a lo dispuesto, con carácter general, en el art. 58.2 a) de la LO 4/2000 que permite la devolución de los extranjeros, sin tramitación de expediente de expulsión cuando, habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España, pero no olvidemos que aquí nos encontramos con una sanción administrativa, mientras que el art. 89 CP se refiere a una medida acordada en sustitución de una pena”.

originaria, otorgando efectos diferentes al regreso consumado del extranjero expulsado y a la tentativa de entrada en España y así establecía dicho precepto que: “*si el extranjero expulsado regresara a España, antes de transcurrir el periodo 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*”.

Esta expulsión, cuando el extranjero fuera sorprendido en la frontera, se sometía a las disposiciones del artículo 58 LOEX, es decir, la misma sería acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión, y si esta se podía ejecutar en el plazo de 72 horas no era necesaria la intervención de la autoridad judicial, en caso contrario, debería solicitarse de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión, sin que fuera necesaria la intervención del órgano jurisdiccional que acordó la expulsión sustitutiva, pudiendo otorgar la referida autorización para el internamiento, el Juez de Instrucción que se encontraba desempeñando el servicio de guardia²³⁹.

También parecía aconsejable deducir testimonio por un presunto delito de quebrantamiento de condena, aunque la Circular de la FGE 5/2011 indicó que el artículo 89.4 C.P. era una norma especial que impedía la aplicación del art. 468.2.

La Reforma del Código Penal de 2015, establece en el primer apartado del art. 88,7 que “*si el extranjero expulsado regresara a España, antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas*”, lo que coincide con la vigente redacción del precepto en su apartado cuarto, pero añade “*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 por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento*”, con lo que se introduce la posibilidad de ajustar el plazo de duración de la expulsión en el supuesto de que el extranjero incumpla con su obligación de regreso a España o a

²³⁹ POZA CISNEROS, M. Ob. Cit. “razones prácticas aconsejan que sea también en estos casos el Juzgado de Instrucción, con servicio de guardia, el que autorice el internamiento pues, en rigor, no se trata, como se ha justificado, de cumplimiento de pena”.

cualquier de los Estados del espacio Schengen, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias personales por las que el reo ha incumplido la obligación impuesta, y aunque consideramos acertada esta modificación, también pensamos que podrían haberse introducido unas pautas o reglas de conversión en relación al tiempo que hubiera cumplido de expulsión, a fin de evitar el non bis in idem, es decir, cumplir pena sustituida y sustitutivo penal, aunque el atender ahora a las circunstancias antes expresadas supone una mayor individualización y personalización de cada caso en concreto.

En el caso de ser sorprendido en la frontera, prevé el apartado segundo de dicho precepto, que la consecuencia será la misma que la establecida en el anterior art. 89.4, esto es, la expulsión directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

II.10. La expulsión como sustitutiva cuando el penado hubiere cumplido el periodo de prisión decretado, acceda al tercer grado penitenciario o a la libertad condicional.

a) Introducción.

Con la denominación “expulsión sustitutiva parcial”, se hacía referencia, con anterioridad a la reciente reforma del Código Penal, a la expulsión como medida sustitutiva del último tramo de la pena de prisión impuesta, es decir, cuando el extranjero hubiere accedido al tercer grado penitenciario o hubiera cumplido las tres cuartas partes de la condena, aún cuando la pena impuesta fuere inferior a seis años, pues el precepto hablaba de “*cualquier pena privativa de libertad*”.

El texto originario del artículo 89, así como el reformado por L.O. 8/2000, disponía que los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podían acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que hubiera cumplido las tres cuartas partes de la condena, para lo cual era necesario oír previamente al penado.

Con la reforma operada por la L.O. 11 /2003 el ámbito de esta expulsión sustitutiva del último tramo de la pena se amplió, pues se disponía que los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarían 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 accediera al tercer grado penitenciario, o una vez que se entendiera cumplida las tres cuartas partes de la condena, salvo que excepcionalmente y de forma motivada, apreciaran que la naturaleza del delito justificaba el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

La reforma introducida por la L.O. 5/2010 también contempló esta sustitución parcial para “cualquier tipo de pena privativa de libertad”, para el caso de que el penado hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, por tanto la expulsión surtirá sus efectos, no solamente tras el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, sino incluso cuando antes se hubiera concedido al reo el tercer grado.

El legislador parte de que en estos supuestos de pena muy grave, el interés del Estado en que se cumpla la pena es ineludible, y solamente renunciable cuando se extinga mediante cumplimiento su núcleo central.

Por lo que con esta reforma no había ya ningún límite máximo desde el punto de vista penológico, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad, en cuyo párrafo segundo, el artículo 89.1 preveía la sustitución por la expulsión de la parte de la pena que quedaba por cumplir, cuando el extranjero era condenado a penas de prisión igual o superior a seis años y accedía al tercer grado penitenciario o cumplía las tres cuartas partes de la condena. La reforma del 2010 sustituyó el mencionado párrafo por el que aparecía en el apartado 5 que permitía la sustitución del saldo de cualquier pena privativa de libertad por la expulsión, sin límite temporal de pena –ya no sólo iguales o superiores a seis años-, y sin límite de oportunidad procesal –en sentencia o durante su ejecución- para acordarse.

La pena a tener en cuenta, al igual que en el caso de sustitución de la pena íntegra, era la impuesta en concreto y no la pena prevista en abstracto para el delito cometido (Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza 171/2006, de 16 de febrero).

A partir de la reforma operada en dicho precepto por la L.O. 5/2010 el tenor literal del precepto establecía que ” *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.*”

La reforma llevada a cabo por la L.O. 1/2015 establece en el apartado 2º del artículo 89 que “*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”.

Como hemos estudiado, con la actual regulación se rebaja el límite de las penas íntegramente sustituibles por expulsión, de los 6 años al límite de los 5 años y frente a la anterior regulación -en la que las penas inferiores a seis años de privación de libertad podían ser sustituidas en su integridad por la expulsión del territorio nacional- fija la reciente reforma el límite de la expulsión sustitutiva, sin previo cumplimiento de parte de la pena, en cinco años de prisión (lo que constituye la sustitución íntegra de la pena de prisión por la expulsión), y ello para equipararla con el límite que el Código Penal establece para diferenciar las penas graves de las menos graves.

No obstante recordemos que la reforma excepciona de la sustitución íntegra (art. 89.1) aquellos supuestos en los que resulte necesario “*asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito*” - prevención general de la pena-. En estos casos, el Juez o Tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena en España, que no podrá ser superior, en ningún caso,

a los dos tercios de su extensión. También se prevé que en estos mismos casos -penas inferiores a 5 años- se sustituya el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando aquel acceda al tercer grado de tratamiento penitenciario o le sea concedida la libertad condicional.

Pues bien, respecto a la sustitución parcial en las penas superiores a los 5 años (art. 89.2), el legislador deja a la libre decisión del Juez o Tribunal la parte de la condena que el extranjero debe de cumplir en España, y así frente a la anterior regulación en la que las penas de privación de libertad superiores a seis años, podían ser sustituidas por la expulsión, sólo una vez cumplidas las 3/4 partes de la pena, o conseguido el tercer grado de clasificación penitenciaria, con la actual reforma se deja a la libre decisión del Juez o Tribunal la parte de la condena que el extranjero debe de cumplir en España en los casos de las penas superiores a cinco años y, como en el supuesto de la sustitución íntegra, cuando ello sea necesario para asegurar la defensa del orden público y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito -prevención general-.

No obstante también se recoge la posibilidad de que esta expulsión parcial se obtenga al obtener el penado extranjero el tercer grado y/o la libertad condicional, lo que plantea - al igual que en la sustitución íntegra- la posible existencia de la infracción del principio “non bis in idem”, pues la expulsión puede ser concebida como un doble castigo, ya que por un lado se procederá a la ejecución de la pena de prisión y por otro a la posterior expulsión, lo cual no equivaldría a la sustitución de aquélla, sino a su ejecución cumulativa²⁴⁰.

En estos supuestos es evidente que la pena en ningún caso puede tender a la resocialización del delincuente, dado que está abocada desde el principio a la expulsión, y habitualmente va a ser perjudicial para el condenado, pues en lugar de concederle la libertad condicional cuando cumpla los requisitos establecidos por la ley, se le va a expulsar, por lo que esta previsión ha sido ampliamente criticada por algún autor, que ha señalado que más que un sustitutivo de la pena lo que va a ser es una sustitución de la libertad condicional, totalmente irrespetuosa con el principio *non bis in idem* por cuanto

²⁴⁰ Enmienda nº 122 del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural. BOCG, de 10 de diciembre de 2014.

sigue imponiendo sanciones allí donde ya se ha cumplido la condena en los términos legalmente exigidos para recuperar la libertad²⁴¹. En este sentido advierte el Tribunal Supremo en Sentencia 90/2004, de 8 de julio, que al haberse cumplido ya gran parte de la condena, la expulsión no va a ser una medida sustitutiva, sino acumulativa.

Por otro lado tampoco podemos olvidar que esta expulsión conllevará, además, una prohibición de entrada en España en un plazo de cinco a diez años, lo que la diferencia de la libertad condicional cumplida en su país de origen (art. 197 del Reglamento Penitenciario). Por lo que es evidente que esta figura no tiene un fin resocializador como lo tiene la libertad condicional, sino que en este supuesto se está primando la seguridad del Estado, lo que parece discriminatorio, pues cuando el extranjero debería acceder a la libertad condicional, en las mismas condiciones que un ciudadano español, se le expulsa del país con las consecuencias que hemos visto, de prohibirle además su entrada en el mismo y en el espacio Schengen durante el plazo que determine el juez o tribunal.

b) Requisitos.

En cuanto a los requisitos legales que han de concurrir para que proceda este tipo de expulsión, serán los siguientes:

- 1) Que el condenado sea un ciudadano extranjero. Sirva en este punto lo ya expuesto cuando tratamos de la expulsión sustitutiva total, recogida en el apartado primero del artículo 89 C.P.
- 2) Que resulte condenado a una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieren de esa duración
- 3) Que el penado haya cumplido la parte de pena que hubiere determinado el juez, hubiera accedido al tercer grado penitenciario o se le hubiera concedido la libertad condicional.

Desde su redacción original el art. 89 C.P. distinguía entre las penas privativas de libertad inferiores a seis años, que regulaba en el párrafo primero del punto 1 del precepto, y las de igual o superior extensión, que regulaba en el

²⁴¹ TERRADILLOS BASOCO, J. M^o. “Inmigración, mafias y sistema penal”, en Ruiz Rodríguez, L. R. (coord.), Sistema Penal y Exclusión de Extranjeros, Barcelona, 2006.

párrafo segundo de ese punto. La L.O.5/2010, de 22 de junio, como hemos visto, dio una nueva dimensión a las penas sustituibles, y mientras mantenía que las inferiores a seis años se sustituían antes de iniciar su cumplimiento, no limitaba la posibilidad de expulsión a cualquier pena de libertad, una vez se hubieran cumplido las tres cuartas partes de la pena, o se encontrara el penado en tercer grado penitenciario, régimen este que antes se reservaba a las penas de seis o más años de privación de libertad. Por lo que esta modificación que recogía el punto 5 del art. 89, introducido por la reforma de 2010, implicaba que en esa fase de ejecución, ya en el último momento, podía sustituirse la pena por la expulsión, también en penas de menos de seis años de prisión, incluso en supuestos que no había sido acordada inicialmente.

El hecho de que la expulsión surtiera sus efectos no solamente tras el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, sino incluso antes de que se hubiera concedido al reo el tercer grado penitenciario motivó importantes críticas por parte de la doctrina, porque se decía que con esta ampliación se dejaba en manos de la Administración la determinación del momento exacto de la expulsión, desnaturalizando el sistema de progresión penitenciaria e instrumentalizando el llamado tercer grado en aras de facilitar no ya la reinserción, ni la resocialización, sino la expulsión del penado²⁴².

- 4) Que no haya sido condenado por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis), 312, 313 y 318 bis) del C.P.
- 5) Se deja a la libre decisión del Juez o Tribunal la parte de la condena que el extranjero debe de cumplir en España, cuando ello sea necesario para asegurar la defensa del orden público y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito.

En este punto hemos de reiterar lo ya expuesto al hablar de la pena en el apartado relativo a la sustitución íntegra de la pena de prisión.

c) Procedimiento.

²⁴² ARIAS SENSO, M. Ob. Cit.

Es claro que la competencia para acordar este tipo de sustitución corresponde al órgano sentenciador, ya que la misma deberá acordarse en sentencia o mediante auto durante su ejecución.

En cuanto a la legitimación para solicitarla, y a diferencia del supuesto de la sustitución de la pena en su integridad, sin aparente razón lógica para tal especificidad, preveía el anterior art. 89.5 que fuera el Ministerio Fiscal quien instara la aplicación de la medida. Pero a pesar de tal dicción algún autor consideró que debía permitirse también que la sustitución la pudieran formular las acusaciones, e incluso el propio acusado, en cuyo caso debería darse audiencia al Ministerio Fiscal antes de resolver el tribunal²⁴³.

No obstante lo anterior, aunque el precepto parece que impidiera de manera expresa la posibilidad de solicitar la sustitución al penado, en la práctica, con la estrecha colaboración entre la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado y el Fiscal de Sala de Vigilancia Penitenciaria, se ha normalizado un protocolo de actuación que facilita la intervención del Ministerio Fiscal en la fase ejecutoria, en orden a instar la expulsión sustitutiva parcial de la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento.

Conforme a ello, dado que no existe, salvo casos excepcionales, posibilidad material de realizar un control directo sobre todas las ejecutorias en trámite por parte de los Fiscales, se ha articulado un sistema que permite que el Ministerio Fiscal obtenga la noticia sobre la ejecutoria en cuestión a partir de una comunicación procedente del principal interesado –el propio penado– que mediante la cumplimentación de un formulario tipo, puesto a su disposición en el Centro Penitenciario, traslada su solicitud a la Fiscalía y también al tribunal sentenciador.

Con la reforma del Código Penal de 2015, se ha suprimido la expresa referencia a la solicitud del Ministerio Fiscal, y nada se dice respecto a la posibilidad de que dicha petición pueda ser instada por el propio penado, por lo que habrá que actuar en la práctica de la misma forma que hasta ahora, remitiéndonos en cuanto a la actuación de oficio por parte del juez o tribunal a lo ya expuesto en el apartado correspondiente, cuando tratamos la expulsión íntegra.

²⁴³MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E. Ob. Cit.

En el supuesto de que fuera el Ministerio Fiscal quien deseara formular dicha petición, y dado que la sustitución en estos casos va a operar en un momento futuro incierto -pues no puede conocerse a priori cuando va a serle concedido al reo el tercer grado- consideramos que la misma tendría que formularla mediante otrosí en el escrito de calificación provisional, permitiendo de esta manera que el acusado y las demás partes personadas pudieran manifestar lo que considerasen oportuno al respecto. De todas formas tampoco habría obstáculos para introducirlo en el trámite de elevación de las conclusiones a definitivas, si se hubiere omitido con anterioridad, sin perjuicio de que en tales supuestos pudiera concederse a la defensa, a solicitud de la misma, un plazo adicional para poder estudiar posibles alegaciones al respecto (art. 788.4 L.E.CRIM.).

A raíz de la anterior reforma del art. 89 -así como en la actualidad, sobre la base de la reforma operada por la L.O. 1/2015- esta sustitución también podrá ser adoptada por auto durante la ejecución de la pena, debiendo en todo caso preservarse en plenitud el derecho de audiencia, de contradicción y de defensa, dando para ello previa audiencia al penado y a las demás partes personadas, aunque ello no se prevea expresamente en la redacción actual del precepto, debiendo por otro lado, proceder conforme a lo indicado en el protocolo al que antes nos referíamos.

En el caso de que la decisión se haya adoptado en la sentencia, el tribunal sentenciador no necesitara adoptar ninguna otra decisión al respecto y habrá de ser el Centro Penitenciario, una vez llegado el dies ad quem - adoptada en firme la progresión a tercer grado o cumplidos los requisitos para acceder a la libertad condicional- quien comunique esta circunstancia a los correspondientes Grupos de Extranjería para que procedan a materializar la expulsión, sin perjuicio de la previa comunicación al Tribunal sentenciador y al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Lo mismo sucederá si es adoptada la decisión por auto durante la ejecución.

En cuanto a los efectos de la expulsión sustitutiva, y a las consecuencias previstas para el caso de incumplimiento, son los mismos que los ya analizados en el apartado de la sustitución de la pena de prisión superior a un año.

Y a este respecto, simplemente recordar que la redacción original del Código Penal preveía una duración de la expulsión, prohibición de regresar a España en el plazo de tres a diez años, haciendo expresa mención a la proporcionalidad con la duración de la

pena impuesta. Con la reforma que introdujo la L.O. 11/2003, se renunció a cualquier proporcionalidad con la pena impuesta, extendiendo la prohibición de regreso a España a los diez años, con independencia de la duración de la pena y con la tan sola limitación, en su caso, de que la pena hubiese prescrito. Con la reforma de 2010, se volvió a la proporcionalidad, fijando una extensión variable de cinco a diez años como periodo de prohibición de regreso, introduciendo la novedad de que la determinación del periodo no se hará solamente en función de la pena sustituida, sino también atendiendo a las circunstancias personales del penado. Como ya indicábamos, este efecto se ha mantenido en la reciente reforma, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto en el apartado relativo a los efectos de la expulsión .

En cuanto al quebrantamiento de la expulsión, el texto original del art. 89 C.P., previó respuestas diferentes ante el intento de quebrantar la decisión judicial de expulsión y el efectivo quebrantamiento. Mientras en el primer caso, si el extranjero era sorprendido en la frontera, era expulsado por la autoridad gubernativa, en el segundo comportaba el cumplimiento de las penas sustituidas.

La reforma que se derivó de la L.O. 11/2003, mantuvo la expulsión gubernativa, pues estableció que sería devuelto, pero nada previó de manera específica respecto del quebrantamiento.

Con la redacción de la reforma introducida por la L.O. 5/2010, nuevamente se diferenció entre el quebrantamiento efectivo, que conduce, como ocurre con el resto de las sustituciones de las penas, a que se ejecute la privación de libertad, y que ante el intento de entrada en España, la expulsión sea directamente ejecutada por la autoridad gubernativa.

Como ya se expuso - en el apartado relativo a los efectos de la expulsión, y al mismo nos remitimos- la reciente reforma de 2015, ha mantenido idéntica redacción del precepto en su apartado 7º, pero ha introducido como novedad ante el efecto del cumplimiento de la pena que fue sustituida cuando el extranjero regrese a España antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente, el hecho de que el juez o tribunal, de forma excepcional, pueda reducir 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.

A modo de conclusión.

Para concluir diremos, que con la reciente modificación no sólo se deja a la decisión judicial y a su discrecionalidad, lo relativo a la decisión misma de la sustitución de la pena por la expulsión, sino también el hecho de determinar la duración y condiciones de la sustitución parcial cuando las penas de prisión exceden de cinco años.

En la regulación anterior, en estos casos (extensible a los supuestos en que no se hubiera accedido a la sustitución total de penas inferiores a seis años) la decisión sustitutoria parcial no quedaba atribuida en exclusividad al juez o tribunal sentenciador sino que dependía en buena parte del cumplimiento de otros presupuestos debidamente acreditados conforme a la legislación penitenciaria.

La reforma parece que parte de una confianza total en la unidad de criterio de los jueces y tribunales, lo que no va a ser posible, y supondrá una disparidad de resoluciones conforme al concreto criterio de cada juzgador, que indudablemente afectará al principio de igualdad. Y así piénsese en el ejemplo de un extranjero que sea condenado junto con un español por la comisión de un delito -en régimen de coautoría e idénticas circunstancias- a la misma pena privativa de libertad superior a cinco años, el cual tendrá que cumplir la condena en otras condiciones que el español, al no tener posibilidad de que el acceso al tercer grado penitenciario o el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena puedan tener virtualidad jurídica alguna, por lo que el Informe del Consejo General citado consideró más adecuada la regulación hasta ahora en vigor en la que es el legislador quien, tras hacer el juicio de valoración de la suficiencia de la función de prevención general de la pena, establece la parte de la pena que ha de ser cumplida para que queden salvaguardados los fines de prevención general, por lo que sería aconsejable que se establecieran en la ley unos criterios seguros y previsibles sobre la parte de la pena a cumplir, sin perjuicio de establecer ciertas flexibilizaciones o modulaciones en atención a las circunstancias personales y particulares del penado.

III. LA EXPULSIÓN COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PRIVATIVAS DE LIBERTAD. (art. 108 C.P.)

III. 1. La desaprovechada reforma del art. 108 C.P. por la L.O. 1/2015.

En este apartado tan solo haremos una breve referencia a esta medida, a fin de ofrecer una visión sistemática de todas las posibles formas de expulsiones sustitutivas recogidas en el Código Penal, sin perjuicio de una remisión al lector, si esta en ello interesado, a las diferentes obras que estudian esta figura.

La mera previsión de la expulsión como medida de seguridad se encuentra en el art. 96.3.2º C.P., mientras que su regulación se contiene en el artículo 108 C.P., situado en la Sección Segunda «De las medidas no privativas de libertad», del Capítulo II «De la aplicación de las medidas de seguridad», del Título IV «De las medidas de seguridad» del Libro Primero del Código Penal, que dispone “*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 aplicables, 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*”.

El art. 108 C.P. 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 aplicables, 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”.*

En primer lugar tenemos que indicar que la redacción original de dicho artículo²⁴⁴ la tenemos en el Código Penal de 1995, la cual se mantuvo en vigor hasta el 30 de septiembre de 2003, al ser modificada por la L.O. 11/03, de 11 de marzo, que también modificó el art. 89 C.P., dándole un contenido paralelo a este.

El citado artículo no sufrió modificación alguna con la L.O. 5/2010, ni tampoco ha sido reformado por la reciente L.O. 1/2015. Y ello pese a que en el anteproyecto y en el artículo septuagésimo quinto del proyecto de reforma²⁴⁵ se establecía la modificación del precepto, el cual ofrecía la siguiente redacción:

“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.

²⁴⁴ “ 1. Si el sujeto fuere extranjero no residente legalmente en España, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables. 2. El sujeto a esta medida no podrá volver a entrar en España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder de diez años.”

²⁴⁵ publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados de fecha 4 de octubre de 2013

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

Las notas relevantes de la reforma, que al final no prosperó, eran las siguientes: a) se hacía extensiva la medida de seguridad a las personas extranjeras que tuvieran su residencia legal en España, incluso a los ciudadanos comunitarios, aunque con alguna restricción; b) se eliminaba la necesidad de que se escuchara al Ministerio Fiscal y al afectado por la medida; c) se admitía la admisión excepcional y motivada, de que se cumpliera la medida en España, por la propia naturaleza del delito, o porque se estimara que la expulsión resultaba desproporcionada.

Aunque la reforma no se ha llevado a cabo, consideramos que hubiera sido deseable una modificación del precepto, a fin de asegurar una armónica aplicación de la sustitución de las penas de prisión y de las medidas de seguridad, por la expulsión del territorio nacional del extranjero que hubiere cometido un delito, pero no conforme con lo transcrito y previsto en el proyecto, por cuanto en este se continuaba tomando como base para la pretendida redacción reformada, el actual art. 108 C.P., en una redacción

que ya estaba desfasada respecto de la dada por el anterior art. 89 C.P., por lo que se volvía a incidir en defectos que ya habían sido criticados por la doctrina y la jurisprudencia.

El anteproyecto y proyecto de reforma ampliaba, al igual que el art. 89 C.P., el ámbito subjetivo a todo tipo de extranjeros, con independencia de que fueran o no residentes, previendo incluso el supuesto de expulsión para los ciudadanos de la Unión Europea, pero dado que la reforma no se ha llevado a cabo, el régimen de aplicación de la medida de seguridad será tan solo para los extranjeros no residentes legalmente en España, por lo que como se ve, se aplicará un régimen diverso al extranjero, según le sea aplicable una pena o una medida de seguridad, teniendo en cuenta su residencia legal o no en España.

Y así, cuando se condene al extranjero a una pena de prisión, esta será susceptible de sustitución por la expulsión del territorio nacional, según lo establecido en el art. 89, a cualquier extranjero, con independencia de su situación administrativa en España, sea residente legal o ilegal, y su nacionalidad, pues esta medida sustitutiva, como hemos visto, será también de aplicación al ciudadano comunitario; en cambio, cuando se trate de aplicar la expulsión a un extranjero, como medida de seguridad, la misma se limitará sólo al extranjero no residente legalmente en España, no ampliándose tampoco, como lo hace el art. 89 C.P., a los ciudadanos de la Unión Europea y preveía la pretendida reforma.

III.2. Naturaleza jurídica. Aplicación directa o por sustitución.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el Código Penal, de forma asistemática, tras configurar la expulsión como una medida de seguridad más dentro del catálogo general del artículo 96C.P., pasa a regularla como un mecanismo de sustitución de la medida de seguridad impuesta (art. 108 C.P.), por lo que a diferencia de lo expuesto en relación con el art. 89 C.P., esta situación sistemática no indica cual deba ser su naturaleza .

Y así se plantea algún autor²⁴⁶ ¿si la expulsión es una medida de seguridad imponible cuando concurren los requisitos del artículo 95 C.P., porqué regularla después como mecanismo sustitutivo?

²⁴⁶ DE LA ROSA CORTINA, J.M. Ob. Cit.

Establece el citado art. 95 C.P. que “*Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias:*”

1.ª Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.

2.ª Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”.

Por lo que podría en este caso y en línea de principios, imponerse directamente al inimputable, sin necesidad de imponerle una medida de seguridad distinta y sustituirla después por la expulsión, pero quizás la explicación a esta antinomia radica en que, pese a que el legislador incluye a la expulsión como medida de seguridad dentro del catálogo general, en el fondo, consciente de que tal consecuencia jurídica no es una medida de seguridad, pasa a darle el tratamiento de sustitutivo -al igual que ocurre con la expulsión sustitutiva de la pena prevista en el artículo 89 CP.- pues pese a su conceptualización formal como tal, la expulsión no puede considerarse como medida de seguridad *strictu sensu* porque, como ya hemos expuesto, no tiene ningún efecto educativo o terapéutico, y así se ha dicho que esta medida de seguridad resulta escasamente compatible con los principios a los que responden estos institutos jurídicos, asemejándose mucho más al carácter aflictivo de las penas, con las que guardan notable parecido, que a las medidas de seguridad en sentido estricto²⁴⁷, pues ni siquiera cumple el objetivo principal que debe orientar toda medida de seguridad: la resocialización del delincuente peligroso.

Inciendo en lo expuesto, debemos indicar que la duda por tanto está en si en esta ocasión la expulsión es una consecuencia jurídico penal de carácter sustitutivo, como en

²⁴⁷ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. Ob. Cit.

Para PALOMO DEL ARCO, A. Ob. Cit, en cuanto al fundamento “la doctrina se muestra pacífica y entiende que obedece su previsión normativa únicamente a razones de orden público; que no atiende a ninguna intervención terapéutica ni neutraliza la peligrosidad criminal, sólo la desplaza, que son los fines propios de las medidas de seguridad, atendiendo sólo a fines ajenos al Derecho penal; sólo por la hipocresía del legislador denominada medida de seguridad, sin posibilidad de sustitución o suspensión ulterior, al perder el Tribunal toda vinculación con el expulsado, abandonado a su suerte y probablemente si acceso a tratamiento alguno”.

el régimen del artículo 89 C.P., o, por el contrario, podría ser una medida principal u originaria, en unos casos y sustitutiva, en otros.

El régimen de aplicación de medidas de seguridad del Capítulo II, ya mencionado, basado en cláusulas generales y en la libertad dada al juez o tribunal sentenciador para imponer la medida de seguridad más adecuada al caso concreto, permitiría afirmar que nos hallamos ante una medida de seguridad de carácter principal u originario, que no requiere la figura de la sustitución para poder ser aplicada.

En consecuencia se podría afirmar que la expulsión del artículo 96 C.P. del Código Penal, por lo que respecta al ámbito de la aplicación de medidas de seguridad puede ser tanto medida originaria, conforme a los artículos 101 a 104 C.P. en relación con el artículo 96 C.P., o como medida sustitutiva, conforme al artículo 108 C.P. Eso supondría que el juez o tribunal sentenciador podría aplicar directamente la medida de expulsión para el extranjero no residente legalmente en España que fuese declarado inimputable o semiimputable, sin necesidad de acudir a la sustitución, en los casos de eximente completa o incompleta en relación con el art. 20.1º, 2º y 3º C.P. (anomalía o alteración psíquica, trastorno mental transitorio, intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes... y alteración de la percepción desde el nacimiento o la infancia).

No obstante, ésa no ha sido la interpretación que de estos preceptos ha realizado la doctrina ²⁴⁸, que la califica como medida de seguridad sustitutiva. Ni tampoco, como hemos indicado, parece haber sido la voluntad del legislador, teniendo en cuenta la similar redacción del artículo 108 en relación con el artículo 89 C.P. y, porque no se explica la necesidad de un tratamiento diverso para la expulsión en estos casos.

Pero a pesar de lo expuesto, no podemos más que concluir que el fundamento y el fin de la sustitución de la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad por la expulsión del territorio nacional del extranjero se basa, al igual que ocurría con la figura del artículo 89 C.P. en razones político-criminales o de oportunidad:

²⁴⁸ GRACIA MARTÍN, L.. “El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito”. Gracia Martín, L., Boldova Pasamar, M.A. y Alastuey Dobón, M.C. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia. Tirant lo Blanch, 1998 ; RODRÍGUEZ CANDELA, J.L. “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”, Ob. Cit.; FLORES MENDOZA, F. La expulsión del extranjero en el Código Penal. VV.AA. Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate. Valencia (Tirant lo Blanch) 2002.

fundamentalmente, en los problemas sociales que se derivan alrededor de la inmigración ilegal y, en su caso, los posibles inconvenientes de masificación en los centros especiales de cumplimiento de las respectivas medidas de seguridad, que se verían agravados si a los condenados españoles y extranjeros con residencia legal en España, se añadieran los condenados extranjeros no residentes legalmente en España²⁴⁹, sin que se tenga en cuenta que con la aplicación de esta medida se deja sin efecto el fundamento que orienta a las alternativas genéricas al cumplimiento de las medidas de seguridad recogidas en el art. 97 C.P., es decir, la ausencia de necesidad del cumplimiento de la citada medida para garantizar el fin de prevención especial que orienta a la misma, por cuanto el citado precepto prevé que el juez sentenciador durante la ejecución de la sentencia puede mantener la ejecución de la correspondiente medida de seguridad, decretar su cese en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto, sustituirla por otra que estime más adecuada para la evolución más favorable del sujeto, o finalmente, dejarla en suspenso bajo unos condicionamientos.

También ha de indicarse que pese al tenor literal del precepto, que parece apuntar a que la sustitución opera respecto de cualquier medida de seguridad, parece que una interpretación sistemática, a la luz de los criterios sentados por el artículo 89 C.P. y del principio de proporcionalidad, aboga por entender que solamente es aplicable para medidas de seguridad privativas de libertad, tal y como se indicaba en la redacción originaria del precepto, lo que se corrobora con la actual redacción del art. 89 C.P. que tan solo circunscribe la expulsión sustitutiva a las penas de prisión.

Aunque se sigue señalando como criterio que permite exceptuar la expulsión “la naturaleza del delito” entendemos que en supuestos de aplicación de eximentes completas, este parámetro en sí no debiera ser relevante –o tan relevante– como la peligrosidad del sometido a medida de seguridad, aunque la pretendida reforma introducía el criterio de proporcionalidad.

Por último habría que indicar que dado que el artículo 108 C.P. no limita temporalmente la medida impuesta, como si lo hace el art. 89 C.P., podrían ser sustituidas las medidas de más de un año de duración.

²⁴⁹ MAZA MARTÍN, A. *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*: Ignacio Serrano Butragueño (Coord.). Granada: Comares, 1998.

III.3. Ámbito subjetivo.

Respecto al ámbito subjetivo de aplicación, ha de reiterarse que ha consecuencia de la reciente reforma del Código Penal se ha producido una disfunción entre ambas figuras, dado que el art. 108 C.P. no ha sido objeto de reforma, y así, el precitado artículo 89 C.P. se entiende aplicable a todos los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa en España, con residencia legal o ilegal, dado el término utilizado de “ciudadano extranjero”, ampliable incluso a los ciudadanos de la Unión Europea, mientras que la aplicación del art. 108 C.P. se mantiene tan solo para los extranjeros no residentes legalmente en España.

Además de la generalidad de la fórmula utilizada por el proyecto que no permitía diferenciar entre los distintos tipos de residencia en España, y ni siquiera permitía una diferenciación expresa entre los ciudadanos de la Unión Europea y los familiares de estos frente a los extracomunitarios, la reforma venía a suprimir la audiencia al sujeto y al Ministerio Fiscal antes de decretar la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión. Y si bien puede entenderse que el derecho de defensa queda salvado, cuando tal medida se decreta en la sentencia o en la resolución que imponga la misma, este derecho exige que cuando tal sustitución se realice en una resolución posterior se le dé audiencia al sujeto, por cuanto el juicio de proporcionalidad que sobre la expulsión debe realizar el juez o tribunal, requiere la aportación al procedimiento de circunstancias personales del interesado.

Respecto a la participación del Ministerio Fiscal, dado el alcance de la expulsión y su relevancia para intereses y derechos de terceros, incluidos los menores de edad, parece necesario mantener la intervención del mismo a la hora de determinar la sustitución de la prisión por la expulsión.

Se ha mantenido que cuando la medida se aplique a inimputables –supuesto por lo demás más frecuente – el trámite de audiencia debe abarcar al representante legal del mismo ²⁵⁰.

III.4. Competencia.

²⁵⁰ En este sentido, expresaba el Informe del CGPJ de 26 de febrero de 2003 sobre el Anteproyecto que “debería en su caso, y dado que con frecuencia puede tratarse de inimputables, garantizarse la audiencia del representante legal de los mismos”.

La competencia para decidir sobre esta sustitución es del juez o tribunal sentenciador, que no decide facultativamente, sin sujeción a ningún tipo de criterios, salvo la condición de que oiga previamente al reo, como se indicaba en la redacción originaria del precepto, sino que “deberá” acordarla en la sentencia, previa audiencia del penado, salvo que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, y de forma excepcional, y siempre motivada, concluya que teniendo en cuenta la naturaleza del delito, debe de ser cumplida en España .

Como se desprende del precepto, no se va a tener en cuenta las circunstancias personales del penado, sino tan solo la naturaleza del delito, lo que es más que censurable, debiendo haber aprovechado la reforma de 2015 para modificar este artículo e introducir junto a las circunstancias personales del autor, las del hecho, así como su arraigo en España, junto con el criterio de proporcionalidad, como así estaba previsto en el reforma del precepto. En este supuesto sirva todo lo expuesto en aplicación del art. 89 C.P. ya estudiado.

III.5. Momento en que debe tomarse la decisión.

Por lo que respecta al momento en el que deba tomarse la decisión sobre la expulsión o no del extranjero no residente legalmente en España, el artículo 108.1 C.P., en su originaria redacción, a diferencia de lo establecido expresamente en el artículo 97 C.P., no señalaba cuándo debía acordarse la misma, por lo que en atención al régimen general de la sustitución para medidas de seguridad del artículo 97 C.P. podía interpretarse que ésta debería tener lugar una vez se hubiera iniciado la ejecución de la medida de seguridad privativa de libertad.

La modificación del citado precepto por L.O. 11/2003 vino a dar respuesta a esta cuestión, indicando que el órgano sentenciador debería pronunciarse sobre dicha medida en la sentencia, pero hemos de concluir que en atención al principio de revisabilidad de las medidas de seguridad, nada obsta a que en atención al fundamento y fin de la sustitución en estos casos tal decisión pueda llevarse a cabo antes de la ejecución de la medida de seguridad privativa de libertad, por la vía del art. 97 C.P., como así preveía la reforma de 2015, al indicar “ *en la sentencia o resolución que las imponga o en otra posterior*”.

III.6. Efectos.

Los efectos de la aplicación de esta medida es que la misma - al igual que prevé el art. 89.6 C.P.- lleva consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar, en España, así como la prohibición de regresar a España en un plazo de diez años, contados desde la fecha de su expulsión.

En relación a la prohibición de regresar a España, hemos de señalar que la redacción originaria del precepto era menos restrictiva que la vigente, pues preveía que el sujeto a esta medida no podía volver a entrar en España durante el plazo que se señalara, sin que el mismo pudiera exceder de los diez años. Como hemos estudiado en relación a la expulsión sustitutiva, el plazo que señala el art. 89.5 C.P. es de cinco a diez años, contados desde la expulsión, añadiendo dicho precepto que para graduar dicho plazo deberá tenerse en cuenta la duración de la pena sustituida y las circunstancias del penado, sin que se entienda muy bien porque estos datos no pueden ser también valorados por el juez o tribunal en el momento de fijar la prohibición de regreso a España en relación a la imposición de la medida de seguridad, y concluye el legislador que en este supuesto el periodo de prohibición es de diez años, sin más.

Pues bien, la pretendida reforma del precepto mantenía invariable la redacción, por lo que se volvía 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, persistiendo en el también error de no prever las consecuencias del quebrantamiento más allá de nuevamente la expulsión.

Como hemos estudiado, el art. 89.7 C.P. establece que en el caso de que el extranjero expulsado regresara a España, antes de transcurrido el plazo impuesto, cumplirá las penas que le fueron sustituidas, salvo que excepcionalmente el juez o tribunal reduzca su duración cuando se den unas determinadas circunstancias, ya estudiadas. Sin embargo el art. 108 C.P., tanto en su originaria redacción como en la actual, no indica las consecuencias jurídicas penales del quebrantamiento de esta condición de no regreso a España, y ello sin perjuicio de que conforme a la Ley 4/2000 se le pudieran aplicar otras consecuencias, como la devolución del mismo (art. 58 LEX), estableciendo sólo las consecuencias cuando el extranjero intentara quebrantar la

medida de expulsión, que son las mismas que las previstas en el art. 89 C.P., esto es, la devolución por la autoridad gubernativa, empezando de nuevo a computarse el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

Señala el art. 108.1 C.P., párrafo tercero para el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procedería al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta, hasta en tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión.

III.7 Materialización de la expulsión.

En relación a la materialización de la expulsión de esta medida de seguridad, deberá estarse, al igual que en el supuesto del art. 89 C.P., a lo establecido en la Disposición Adicional Decimoséptima de la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la L.O.P.J., conforme a la cual *“los órganos judiciales comunicarán a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurra la comisión de infracciones administrativas a las normas sobre extranjería, a los efectos de que por las autoridades administrativas pueda reanudarse, iniciarse o archivarse, si procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador.*

Del mismo modo, comunicarán aquellas condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, a los efectos de incoación del correspondiente expediente sancionador.

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”.

Para concluir este apartado tan solo podemos decir que la expulsión así configurada como medida de seguridad, entraña una mera sanción sin fundamentación preventiva alguna, ajena al Derecho Penal como ciencia y a los propios postulados del Derecho Penal, que tipifica precisamente comportamientos discriminatorios, y si bien era loable la reforma que se pretendía en cuanto que acogía algunas de las consideraciones que se venían reclamando por la doctrina y la jurisprudencia, como podía ser el principio de proporcionalidad, lo cierto es que continuaba adoleciendo de un tratamiento unitario, completo y armónico de la sustitución por expulsión con un régimen diverso de penas y medidas de seguridad .

Por lo que es criticable que la reciente reforma no haya aprovechado la ocasión para atemperar el precepto a las modulaciones que se han ido efectuando por la doctrina y la jurisprudencia respecto del art. 89 C.P., las cuales se han visto en alguna manera, como ya hemos expuesto, reflejadas en la reforma dada al citado precepto por las reformas introducidas por la L.O. 5/2010 y L.O. 1/2015.

III.8. Medida de seguridad en los supuestos de semiimputabilidad.

Por último y para los supuestos de semiimputabilidad (art. 104 C.P.)²⁵¹ se prevé la imposición de pena y medida de seguridad, aplicándose el sistema vicarial previsto en el art. 99 C.P. que señala que “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

²⁵¹ Y así, en los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 (anomalía o alteración psíquica, trastorno mental transitorio, intoxicación plena, síndrome de abstinencia y alteración de la percepción desde el nacimiento o la infancia), el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99.

2. Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los artículos 101, 102 y 103, el juez o tribunal sentenciador comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código.

plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3 C.P.”

Por lo que en este supuesto, nuevamente se puede acordar la expulsión del territorio nacional en el caso de extranjeros no residentes legalmente en España, habiendo sido apreciada una semejanza con el supuesto de sustitución parcial de la pena, entendiéndose que en este caso, no 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 ²⁵².

IV. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN LA EXPULSION DE EXTRANJEROS.

La evolución jurisprudencial, tanto de nuestro Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha supuesto un avance significativo en la lucha por el reconocimiento y cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales, los que deberían ser para todos, sin importar si se es nacional o extranjero. Sin embargo, se sigue permitiendo una cierta diferenciación, pues aunque la defensa que emprenden los mencionados órganos jurisdiccionales se basa en la negación de la discriminación, lo hacen con un sentido débil del principio de igualdad, de manera que el origen sigue siendo un aspecto que, en cierta medida, delimitará el espacio y reconocimiento de los derechos. Y así aunque la intrascendencia del origen de la persona seguirá siendo una utopía, lo cierto es que cada vez se deberá impulsar la lucha por el efectivo cumplimiento de los derechos humanos de todos, sobre todo de aquellos más desprotegidos, de quienes buscan - lejos de sus lugares de origen- una posibilidad de vida digna, superar la pobreza y la miseria, y, sin embargo, se les discrimina, se les criminaliza y se les niega su derecho a migrar como derecho natural.

Con fines metodológicos hemos decidido agrupar el análisis de las sentencias de acuerdo a los principios y derechos que en ellas se garantizan, reflejando sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, haciendo también referencia en algún caso a la jurisprudencia menor, aunque

²⁵² GARCIA ESTEBAN, M.D. “Expulsión de extranjeros en el Código Penal”. Revista Penal, nº 35. enero 2015.

en primer lugar analizaremos una importante sentencia del Tribunal Constitucional, que si bien no tiene relación directa con la expulsión sustitutiva penal, si que la consideramos relevante en el ámbito de los derechos civiles de los extranjeros, tales como la protección de datos, el derecho a la intimidad en los CIE, así como a la diferenciación entre el procedimiento de expulsión y el de devolución, y ello en cuanto que la misma se pronuncia sobre la impugnación de la LOEX y la expulsión gubernativa ha sido abordada al inicio de este trabajo.

IV.1 STC 17/2013. Impugnación de la ley Orgánica de Extranjería.

En este caso el Parlamento Vasco impugnó la LOEX, antes de las últimas reformas a las leyes 2/2009 y 10/2011, objeto de impugnación que el Tribunal Constitucional consideró que subsistían pues las disposiciones impugnadas seguían vigentes tras las citadas reformas.

Pese a que el objeto de la impugnación es muy amplio, el elemento central gira en torno a la legitimidad constitucional de la que goza la policía para acceder a los datos del padrón u otros registros administrativos, como fuente de información fiable sobre la situación de irregularidad de un extranjero (en el caso del Padrón municipal, sobre aquellos que se inscriben con su pasaporte en defecto de NIE y sobre el domicilio de los mismos), con la finalidad de facilitar la incoación de expedientes de expulsión.

Junto a ello, se impugnan las decisiones administrativas que inadmiten de plano las solicitudes de autorización de residencia (por contar con expedientes de expulsión, por ejemplo) o el régimen de devolución de extranjeros por comportar la prohibición de entrada durante tres años, o la habilitación para que se utilice la fuerza física en determinados casos en los centros de internamiento de extranjeros.

En primer lugar, se impugna el art. 66 de la LOEX que establece la obligación de las empresas transportistas de suministrar los datos de los pasajeros, pues, de acuerdo a lo expuesto por el Parlamento Vasco, se viola el derecho a la protección de datos de los extranjeros ante su cesión no consentida.

Para el Tribunal Constitucional esta exigencia está amparada en una norma de rango legal y se fundamenta en la aplicación de convenios internacionales, en particular, el Acuerdo de Schengen, que obligan al Estado español al: "*control del flujo migratorio*

para velar por la legalidad de entrada y salida de extranjeros, pudiendo incluso ser admisible la colaboración reglamentaria en su desarrollo [...] Así, es innegable que la medida prevista intenta evitar que se eludan las leyes que regulan la entrada, residencia y circulación de los extranjeros en España, esto es, persigue una finalidad, el aseguramiento de que la entrada y estancia de los extranjeros en España se hace con pleno respeto a la Ley [...]". Finalmente, tampoco puede ser acogida la alegada vulneración del art. 24.2 CE puesto que es evidente que la norma, aún cuando vinculada a la verificación del cumplimiento de las condiciones legalmente establecidas para la entrada y permanencia de extranjeros en España, nada prejuzga con respecto a la eventual incoación de un expediente sancionador fundado en el presunto incumplimiento de dichas condiciones, expediente que, caso de llegar a ser incoado, deberá serlo con todas las garantías que el ordenamiento jurídico y nuestra doctrina exigen a un procedimiento de tal carácter" ²⁵³.

Ahora, el acceso a las bases de datos públicas no puede llevarse a cabo de manera arbitraria, "sino [únicamente] haciendo referencia a la tramitación de un determinado expediente en el que resulta necesaria la constancia de determinado dato que ya obra en poder de otro órgano de la Administración General del Estado, tratándose así de un acceso específico en cada caso ajustado a los datos que resulten precisos para la tramitación de un expediente determinado y no de un acceso masivo o indiscriminado".

Por ello, los datos cedidos han de ser los estrictamente necesarios para el cumplimiento de las funciones asignadas a los órganos administrativos, de forma que, deberá motivarse la petición de aquellos datos que resulten relevantes, pues es necesario distinguir entre "*el análisis y seguimiento de una situación individualizada relativa a un caso concreto y el suministro generalizado e indiscriminado de toda la información contenida en un registro personal*".

En ese mismo sentido, y a fin de asegurar el estricto cumplimiento de la legislación de protección de datos de carácter personal, el TC afirma que los accesos se realizarán con las máximas medidas de seguridad. A estos efectos, quedará constancia en la Dirección General de la Policía de cada acceso, la identificación de usuario, fecha y hora en que se realizó, así como de los datos consultados.

²⁵³ Fundamento Jurídico 6º

En lo relativo a la devolución de extranjeros, se impugnó el art. 58 de la Ley Orgánica LOEx., que dispone: "5. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión. [...] 6. Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este art. llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años".

De acuerdo a lo expuesto por el Parlamento Vasco, estos preceptos modificaban la naturaleza de la devolución para transformarla en una sanción similar a la expulsión con sus mismas consecuencias jurídicas y materiales, ya que la misma lleva aparejada, sin la previa instrucción del correspondiente expediente, la imposición de una prohibición de entrada por un período máximo de tres años para aquellas personas que hubieran pretendido entrar ilegalmente en España [art. 58.2.b) LOEX.], lo que conllevaría la vulneración de los arts. 24 y 105 de la CE en tanto que se trataría de una sanción impuesta de plano.

Frente a ello, TC señaló que "A diferencia de la expulsión, la devolución pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico LOEX, por lo que no comporta en sí misma una sanción sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, articulada a través de un cauce flexible y rápido. No concurre así en la orden de devolución la <<función represiva, retributiva o de castigo>> [no obstante] no significa que ésta última [la prohibición de entrada] pueda adoptarse de plano o en ausencia de todo procedimiento administrativo, pues, tal como acabamos de exponer, nada hay en la normativa aplicable que permita llegar a esa conclusión. No obstante lo anterior, también es claro que la medida de prohibición de entrada que lleva aparejada toda devolución carece, en su condición de sanción, de la apertura y tramitación de un procedimiento contradictorio con las garantías que, conforme a nuestra doctrina, han de reconocerse en toda actividad sancionadora de la Administración".²⁵⁴

Por este motivo se declara inconstitucional el inciso que atribuye a la devolución la prohibición de entrada en el territorio por tres años.

²⁵⁴ Fundamento Jurídico 12º

Por último, se impugnan los apartados 1 y 2 del art. 62 quinquies de la LOEX, sobre medidas de seguridad susceptibles de ser puestas en práctica en los centros de internamiento de extranjeros.

El recurso considera que la habilitación a la autoridad del centro de internamiento para llevar a cabo inspecciones y registros supone, dada la indeterminación del precepto, una intromisión que afecta al contenido esencial del derecho a la intimidad personal de los internos protegido por el art. 18 CE.

Igualmente, entiende que la posibilidad de utilizar medios de contención física personal o separación preventiva del agresor en habitación individual resultarían contrarios al art. 17 en relación con el 25.3 CE, por cuanto implican una sanción que afecta, sin las debidas cautelas, a los derechos de libertad y seguridad consagrados por el primero de los preceptos citados.

En relación a tal planteamiento, el TC señala que el derecho a la intimidad personal es un derecho que puede verse afectado por el mero hecho del ingreso del extranjero en un centro de internamiento, habida cuenta de las necesidades de organización y seguridad del mismo. Pero ello no implica que la adopción de la medida esté libre de fundamentación y motivación, pues de ser así se podría incurrir en un exceso en la restricción del derecho fundamental.

Y señala que *"En este caso, atendiendo a las circunstancias que justifican la adopción de las medidas cuestionadas [de contención física] –actos de violencia o lesiones de los extranjeros, fuga de los mismos, daños en las instalaciones del centro o resistencia al personal del mismo en el ejercicio legítimo de su cargo- nos encontramos ante un supuesto de medidas coercitivas respecto a las que cabe resaltar que su adopción sólo está justificada en supuestos concretos, legalmente definidos en atención a ciertas conductas de los internos que la Administración está obligada a impedir o evitar, pues indudablemente la seguridad y el buen orden del establecimiento se verían alterados caso de producirse la evasión, la violencia en las personas, los daños en las cosas o la desobediencia al personal. Desde esa perspectiva es indudable que la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, sin que tampoco, en atención a las situaciones a las que pretende hacer frente, pueda ser cuestionada su necesidad. Finalmente, en cuanto a su proporcionalidad, es evidente que los derechos de los*

internados no son absolutos sino que pueden verse en determinados momentos limitados por razones de seguridad del centro y peligrosidad o agresividad de los en él internados. De esta suerte, la adopción de estas medidas está circunscrita tanto por su finalidad exclusiva, el restablecimiento de la normalidad en el centro, como por su duración limitada, pues sólo subsistirán el tiempo estrictamente necesario para la desaparición de la circunstancia que lo motivó, lo cual corresponde apreciar, en última instancia al juez".

IV.2 Naturaleza jurídica de la expulsión sustitutiva.

En primer lugar y en relación a la controvertida naturaleza jurídica de la expulsión sustitutiva, señala **la STS (Sala 2ª) de 1 de febrero de 2011** *“que con posterioridad a la nueva redacción después de la entrada en vigor de la L.O. 5/ 2010, la jurisprudencia de la Sala Segunda dictada en sentencias resolviendo recursos de casación contra sentencias, ha señalado en relación con la naturaleza de la expulsión prevista en el art. 89 del Código Penal que, la medida de sustitución no es una pena, pues no está prevista en el catálogo de penas del art. 33 del Código penal, sino una medida impuesta a las personas en situación de ilegalidad que se materializa en las condenas penales respecto a personas que, además de la situación de estancia ilegal, hayan sido condenadas por un delito a pena inferior a seis años de prisión. Se trata de una doble previsión, la estancia ilegal y la condena por delito a pena inferior a seis años de prisión, cuya concurrencia permite, no de forma automática, sino contradictoria, la expulsión del territorio nacional”*.

Este criterio ha sido expuesto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la **STC 203/97**, respecto a la legislación de extranjería, esto es, el indudable carácter aflictivo de la medida, que no afecta tanto al ilícito penal como a la situación de estancia ilegal concurrente con la comisión de un hecho delictivo.

En relación a la jurisprudencia menor que nos parece indicativa la **SAP, Penal, sección 27, del 30 de septiembre de 2014**.

Y así señala la misma que *“en relación a la oposición del recurrente a la sustitución de la pena de prisión impuesta en la sentencia por su expulsión del territorio nacional, debe recordarse que la expulsión judicial "no es una pena, ni una sanción sustitutiva, sino que con dicha medida lo que se pretende es otorgar preferencia al interés del estado, derivado de su política de extranjería, en expulsar a*

los extranjeros ilegales que hayan delinquido en España, frente al interés del estado en actuar el "ius puniendi" en ese caso concreto" (TOME GARCIA), no obstante es evidente que para el legislador "la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España" constituye una medida de seguridad no privativa de libertad y así lo señala expresamente el artículo 96.3.2ª del Código Penal, si bien, como precisa la jurisprudencia "sus efectos son similares, aunque multiplicados en su dimensión, a los de la pena consistente en la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, en este caso referidos a la totalidad del territorio nacional; en cualquiera de los casos, y sin perjuicio de las medidas que pudieran proceder con arreglo a la legislación de extranjería, se trata de una consecuencia de la comisión de un delito que implica una restricción de los derechos del condenado, aunque con efectos diferentes a los de una pena privativa de libertad" (STS 19-2-2009 .

La reforma de 2015 no ha variado la ubicación de este precepto dentro del Capítulo III del Título III del Libro II del Código Penal, dedicado a las *"formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional"*, capítulo que a su vez se subdivide en dos Secciones, respectivamente dedicadas a la suspensión de la ejecución y a la sustitución de las penas privativas de libertad, siendo esta última la que atañe al supuesto examinado. La primera conclusión que dimana de lo anterior es que en el caso de la expulsión no estamos ante una verdadera "pena", al figurar como tal entre las que, como principales o accesorias, ha querido el legislador situar bajo un catálogo cerrado, en los arts. 32 y siguientes CP, sino ante una forma "sustitutiva" de la ejecución penal, que se ofrece como una medida alternativa a la pena privativa de libertad.

IV.3 Tutela judicial efectiva.

Sin duda la tutela judicial efectiva es un derecho que no admite limitación alguna; es la garantía por excelencia de los demás derechos. En este sentido, se vincula directamente con la dignidad humana, pues es el mecanismo idóneo para la defensa de los derechos de cualquier persona. Nuestra jurisprudencia nacional ha establecido que el origen de la persona no puede ser un criterio de reconocimiento de este derecho, pues, de ser así, se le estaría negando toda posibilidad de defensa.

STC 99/1985

El procedimiento en este caso se inició a raíz de un recurso de amparo interpuesto por una ciudadana extranjera, por un presunto delito de falso testimonio en causa civil contra un español. La demandante de amparo lo solicitó por violación del art. 17 de la CE, de sus derechos a la seguridad jurídica y a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales. La contraparte interesó la desestimación del recurso argumentando, entre otras cosas, que la recurrente había ocultado su condición de "extranjera", lo que debería reflejarse directamente en la limitación o condicionamiento de su derecho a la tutela judicial efectiva.

Con ocasión de esta sentencia, el TC determinó que *"el hecho de ser extranjero es irrelevante en relación con el derecho constitucional [...] de tutela judicial efectiva"*²⁵⁵, pues, como se dijo, del reconocimiento de este derecho depende la defensa y garantía de los demás derechos; de manera que, el origen de la persona es una cuestión irrelevante para el ejercicio de este derecho, añadiendo que *"La constitución es obra de españoles, pero ya no lo es afirmar que es sólo para españoles"*²⁵⁶.

Siguiendo la regulación internacional - arts. 10 de la DUDH, 6.1 del Convenio de Roma de 1950, 14.1 del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos- el TC establece una conexión entre la tutela judicial efectiva y la dignidad humana, en la medida que su reconocimiento supone el reconocimiento de la defensa de los demás derechos. Por lo que, concluye, que hay derechos que son iguales a españoles y extranjeros *"cuya regulación ha de ser igual para ambos"*, siendo la tutela judicial efectiva la garantía de ellos.

STC 242/1994

Este supuesto es relativo a la expulsión de un ciudadano extranjero condenado por la comisión de un delito que, como pena accesoria, se ordenó su expulsión del territorio nacional, obviándose el procedimiento legal establecido para ello.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal ordenaba que una vez dictada la sentencia condenatoria por la comisión del ilícito penal, y una vez que ésta se encuentre

²⁵⁵ Fundamento Jurídico 2º

²⁵⁶ Fundamento Jurídico 1º

definitivamente firme, se procederá mediante otra sentencia y previa audiencia, a ordenar la expulsión del condenado.

En este caso, no se emitió sentencia distinta a la de condena, sino que fue en esa misma resolución donde se determinó la expulsión del sentenciado. Tampoco se realizó la respectiva audiencia. Así, el recurrente alegó ante el Tribunal Constitucional la negación a la tutela judicial efectiva; también del art. 25 en relación con el 19, ya que según el encausado, con tales actuaciones judiciales se le violaron sus Derechos Fundamentales que, aún como reo y extranjero, tenía.

Ante tales denuncias, el Tribunal Constitucional se pronunció señalando, en primer lugar, que es preciso recordar que la medida de expulsión es sustitutiva o alternativa a la de cumplimiento de pena, es decir, la expulsión no es la pena como tal, sino una alternativa a su cumplimiento, y, como tal, suspende la ejecución de la pena. De manera que, si una persona es condenada y expulsada a raíz de esa condena y, por cualquier motivo, decide reingresar al territorio español, al menos durante el tiempo que fue condenado, debería ser encarcelado nuevamente por el tiempo restante de la condena impuesta.

El Tribunal, en cuanto al procedimiento de expulsión vía juicio penal, realiza un estudio sistematizado de la figura de la expulsión dentro del ordenamiento jurídico español. En primer lugar, recuerda que se tiene que dar un delito que sea susceptible, de acuerdo a la pena a imponer, al procedimiento de expulsión; tiene que haber una sentencia firme de condena penal, para luego realizarse una audiencia en la cual se expongan los alegatos de las partes, en especial la del condenado. Todo ello, para analizar las circunstancias del caso y comprobar que, efectivamente, la expulsión es procedente.

De este último punto, podemos deducir dos vertientes importantes que el Tribunal destaca: uno, el relativo a la importancia de la celebración de la audiencia, la cual, como se explicó, no fue realizada y originó el recurso de amparo, y, por otra, la importancia o detalles que se tienen que abordar en esa audiencia para analizar la pertinencia de la medida de expulsión.

En cuanto al primer punto, es decir, la audiencia como tal, el Tribunal recuerda que es un acto jurisdiccional autónomo en relación al procedimiento previo. En los hechos

narrados en este caso, el tribunal de instancia antes de condenar al acusado, le cedió la última palabra, considerando tal cesión como equivalente a la audiencia de expulsión; en este sentido, el Tribunal Constitucional, hace un llamado de atención y recuerda que no debe confundirse el "*derecho de última palabra*" antes de emitir sentencia, con la "*audiencia de expulsión*".

En cuanto a la segunda vertiente destacable de la sentencia, el Tribunal recuerda que el hecho de que dicha audiencia se haya establecido de manera autónoma, no fue por casualidad. El legislador lo reguló así con toda la intención dado que la medida de expulsión es una materia especial y delicada, que requiere de un acto independiente para que su análisis detallado. Entre los aspectos a analizar en la audiencia, se establece: "*comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan su aplicación [...], 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 C.E.)[...]Es preciso comprobar si, además de ello, se le ofreció una oportunidad adecuada de exponer sus razones en favor o en contra de la expulsión[...]*"²⁵⁷

Finalmente, la sentencia ratifica otros criterios expuestos en otras sentencias, como en la STC 115/1987. Recuerda que, si bien no pueden haber discriminaciones en cuanto a derechos fundamentales dentro de un país para extranjeros en relación con los nacionales, ello no implica que puedan coexistir políticas públicas migratorias y criminales, como la de expulsión dentro de un país, siempre, eso sí, respetando los derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana. Tal justificación de políticas, también recuerda el Tribunal, se encuentra recogida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus arts. 12 y 13, haciendo una especial mención a este último, que es citado en la sentencia: "*el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que le asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante persona o personas designadas*

²⁵⁷ Fundamento Jurídico 6º

especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas".²⁵⁸

En conclusión, concatenando lo expuesto por el Tribunal Constitucional, con lo establecido en la normativa internacional, podemos afirmar que para la expulsión de un ciudadano se tienen que dar los siguientes requisitos:

- a) que sea a través de una resolución judicial adoptada legalmente
- b) que se otorgue audiencia al extranjero para que pueda exponer sus alegatos en contra de la expulsión y ofrecer la prueba que considere necesaria
- c) que la decisión sea recurrible
- d) y que el extranjero sea debidamente asistido de letrado e intérprete; por lo que la tutela judicial efectiva es un derecho innegable a cualquier persona, con independencia de su nacionalidad.

IV.4 Principio de contradicción: la audiencia al penado.

El principio de contradicción, instaurado en el proceso penal, es exigencia y requisito ineludible del derecho al proceso debido y al derecho de defensa.

La expulsión del territorio nacional, aun cuando no se configure como pena, si es una consecuencia jurídica del delito y por tanto debe participar de las mismas garantías constitucionales.

Es en este contexto en el que debemos analizar el trámite de audiencia, no sólo al Ministerio Fiscal, derivado en este caso del principio acusatorio, sino respecto al penado que es consecuencia del bloque constitucional de derechos que le asisten, y en especial de su derecho de defensa, pues en definitiva la expulsión por vía de sustitución - 89 C.P.- está íntimamente vinculada con el derecho a la individualización judicial de las penas, que es de aplicación a las medidas sustitutivas de la prisión, pues forman parte de la pena.

El hecho de que en la reciente reforma de la L.O. 1/2015, lamentablemente, se haya suprimido del texto del artículo 89 C.P., la mención expresa a la audiencia del

²⁵⁸ Fundamento Jurídico 5º

penado, consideramos no será obstáculo para que la misma se le otorgue al condenado, ya en el plenario, ya en la fase de ejecución, como así se hizo en el periodo comprendido entre la entrada en vigor de la LO 15/2003 y el de la LO 5/2010, siguiendo el criterio unánime de la doctrina y la jurisprudencia.

En este punto es paradigmática la **STS 901/2014** que recordaba 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, y con fundamento en la Jurisprudencia del TEDH establecía que *“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.* Doctrina está consolidada, entre otras, por las STS 906/2005, 832/2006, 35/2007, 125/2008 y 25/2011, entre otras.

En resumen, la doctrina del TS hace pivotar la expulsión del extranjero como sustitución de la pena privativa de libertad impuesta en tres elementos claves: a) el debate contradictorio, b) la resolución motivada y c) la audiencia del penado. (SSTS 588/2012, de 29 de junio, 1027/2009, de 22 de octubre, 710/2005, de 7 de junio, entre otras).

En relación a la jurisprudencia menor, **el Auto de la A.P. de Audiencia Provincial de Madrid de 5 de julio de 2007**, indica que exige el Tribunal Supremo (Sentencias de 23 de noviembre de 2006 y 7 de junio de 2005, entre otras) la preceptiva audiencia del acusado como condición necesaria para acordar en sentencia la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, pues sólo con esta audiencia *“podrá lograrse la adecuada ponderación y la salvaguarda de los derechos fundamentales superiores, en principio, el orden público o a una adecuada política criminal..incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar..”*

Además de esta audiencia, añade la Sala, que esta sustitución no cabe diferirla para el periodo de ejecución, sino que ha de ser acordada en sentencia, sin que esta omisión pueda ser suplida en la segunda instancia, puesto que implicaría *“dejar a las partes sin la doble instancia, de manera que el remedio para la subsanación de un vicio procedimental que afectara a un derecho fundamental (como es el de la incongruencia omisiva), no puede venir dado mediante la vulneración por parte del Tribunal de otro derecho fundamental, cual es el derecho a los recursos”*

La **Sentencia de la A.P. de Tarragona de 8 de febrero 2006**, deniega la sustitución acordada por dos motivos: por la ausencia absoluta de motivación de esta medida y porque en el acto del juicio no se concedió la audiencia al acusado. Señalando que esta audiencia es necesaria porque la sustitución comparte la naturaleza laxa de la pena por lo que debe formar parte de la pretensión acusatoria y así el inculpado podrá defenderse de la misma. Añadiendo que el legislador, por razones sistemáticas, no está obligado en cada regulación concreta a precisar la necesidad de la audiencia y porque lo que este establece es un estándar de decisión. Añadiendo que *“Una resolución que conceda o deniegue una medida tan relevante para la vida de un ciudadano como la que nos ocupa en este recurso debe exteriorizar la ponderación de los bienes y derechos en conflicto”* concluyendo que *“Como tribunal de apelación carecemos de elementos para controlar la adecuación de la medida y ante la falta de pretensión de nulidad por alguna de las partes consideramos que la solución más razonable pasa por dejarla sin efecto”*.

IV.5 Principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad no está recogido en la Constitución. Sin embargo no puede dudarse de su vigencia en nuestro sistema jurídico penal en su doble proyección: frente al legislador a la hora de fijar los delitos y las penas, y frente al juzgador, a la hora de individualizar judicialmente la pena.

La **STS 53/1985** establece que *“...el legislador ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento....”*.

La **STS 827/2010** señala que dicho principio se proyecta en dos ámbitos: el grado de culpabilidad del sujeto y la gravedad del hecho, ya que en definitiva la culpabilidad y

la gravedad son las medidas de la respuesta penal. En la misma línea la STS 884/2011, de 22 de julio.

También la doctrina del Tribunal Constitucional ha reconocido la vigencia de este principio, y en relación al legislador, la **STC del Pleno 136/1999** -asunto mesa nacional de HB-, recordando la 55/1996, establece con respecto al principio de proporcionalidad en relación a los derechos fundamentales, lo siguiente “d) *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su art. II-109 -Título VI-, reconoce los principios de legalidad y de proporcionalidad de delitos y penas”...la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción....”*.

Podría objetarse que el principio de proporcionalidad sólo es aplicable a las penas (relacionadas en el art. 33 y 39 CP) y no a las medidas de seguridad, tales como la expulsión del territorio nacional (art. 96.3 2º C.P.). Sin embargo no es así. A mayor abundamiento, a excepción de los casos en los que el penado está de acuerdo con la expulsión, la medida de expulsión no debe ser considerada como un beneficio, en primer lugar por los periodos largos de duración que pueden imponerse, en segundo lugar, porque de acuerdo con el citado art. 89 C.P. “*la expulsión lleva consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España*”. Y, en tercer lugar, por la situación de extrema pobreza existente en muchos de los países, de los que proceden la mayoría de extranjeros y de los que han huido precisamente para poder sobrevivir.

Por otro lado, el principio de proporcionalidad puede quedar también afectado en los supuestos en los que el condenado haya estado en un largo periodo de prisión provisional (art. 58 CP). En este sentido, según sea la duración de la pena privativa de libertad impuesta y el periodo de prisión provisional cumplido, imponer la sustitución por expulsión de facto comportará un incremento de la sanción al sumar a la pena ya cumplida una medida de seguridad, pudiéndose también el vulnerar el principio de prohibición del *non bis in idem* (STC 145/2006).

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de la Sala II del TS, ha criticado de forma explícita el automatismo legal introducido y, considera que al no poder obviarse la aplicación de los principios de proporcionalidad y la legislación relativa a los Tratados Internacionales, ratificados por España en materia de garantías

constitucionales, ha venido reiterando la necesidad de ponderar la situación personal individualizada de cada acusado y de esta forma suavizando la literalidad de la norma estableciendo importantes excepciones a su aplicación (STS nº 901/2004, de 8 de julio; la nº 906/2005, de 17 de mayo y nº 166/2007 de 14 de febrero, la nº 853/2010, de 15 de octubre).

La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la interpretación del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (901/2004, 601/2006, 35/2007 y 125/2008), exige la valoración de cualquier circunstancia personal del condenado, previo a decidir su expulsión del país en el que reside. En el mismo sentido la STC 242/1994, de 20 de julio. Y, dentro de estas circunstancias personales se ha puesto el acento en los conceptos de arraigo o convivencia familiar, en las consecuencias negativas de la separación de los componentes del grupo familiar (STS 791/2010) y en el de arraigo social o tiempo de permanencia en nuestro país (STS 200/2007).

En este sentido, la **STS 1116/2007**, de 29 de noviembre indicaba que *“dentro del expuesto marco normativo la Jurisprudencia de esta Salas se ha cuidado de remarcar dos vectores que principalmente inciden en la cuestión que nos ocupa: a) la necesidad de respetar los derecho vinculados al proceso debido, como la motivación y la previa audiencia, y de ponderar otros derechos como los relacionados con el arraigo personal y familiar y b) la necesidad de atender a las diversas funciones de la pena en la política penal y penitenciaria”*.

La **STS nº 853/2010**, de 15 de octubre, también argumentaba acerca de la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 del C.P., 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, indicando en su Fundamento de Derecho cuarto, que *“...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”.

En base a dicha doctrina -y aunque en la reforma de la L.O. 1/2015 se haya suprimido del texto del art. 89 C.P. la referencia a la audiencia del acusado – consideramos que debe seguir realizándose una interpretación del citado precepto en clave constitucional, aplicando los principios de prevención general y especial, de proporcionalidad, de igualdad, de reinserción social de las penas y de los valores de arraigo social e unificación familiar, ponderando en cada caso los bienes en conflicto, máxime cuando la citada reforma establece en el apartado cuarto del citado art. 89 C.P., que no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho, las personas del autor y en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.

IV.6 Carácter imperativo de la expulsión sustitutiva.

Señala la **STS (Sala 2º) de 15 de octubre de 2010** que la dicción del art. 89 del Código Penal ha de ser suavizado en su literalidad y adecuar su interpretación a los tratados internacionales convenidos por España y a la jurisprudencia que los interpreta, destacando que debe hacerse una lectura constitucional del precepto, aplicando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ampliar la excepción de 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. En definitiva, debe evitarse el automatismo en la adopción de la medida de expulsión y debe procederse a un examen individualizado de cada caso en concreto ponderando con meticulosidad y mesura los derechos fundamentales en conflicto, no debiendo otorgarse 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.

En esta sentencia se sintetizan los requisitos necesarios que han de concurrir para justificar la expulsión y que se concretan en los siguientes: debe tratarse de extranjeros con residencia ilegal, porque para la expulsión el tipo exige dicho presupuesto (STS. 636/2005 de 17.5). Debe tratarse de condenados con una pena no grave inferior a 6 años prisión. La expulsión debe haber sido solicitada por el Ministerio Fiscal o, eventualmente, por otra acusación personada. Que haya sido escuchado el interesado previamente sobre la cuestión y que no implique 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.

La jurisprudencia por tanto venía atemperando el rigor del precepto vetando la aplicación automática de la expulsión debiendo valorarse otra serie de parámetros relativos a las circunstancias personales del acusado.

Continua exponiendo la referida sentencia, que la sustitución de la pena por la expulsión en los casos de tráfico de cantidades intermedias de droga excluiría el efecto coercitivo y disuasorio de la norma penal, ya que los ciudadanos procedente de países donde se produce o se comercia con tal sustancia adquirirían la convicción de que tienen una especie de licencia para la comisión de una primera acción delictiva, cuya pena quedaría inejecutada generándoles como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen.

Por consiguiente, sigue diciendo la referida sentencia, que si bien el legislador en su reforma del art. 89 por LO 11/2003 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 éste 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).

La STS (Sala 2ª) **29 de junio de 2012** viene a indicar que el carácter no imperativo, ni necesario de la expulsión, ha sido señalado de forma reiterada en

numerosos precedentes de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, 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. No existe, por tanto, un derecho a la expulsión a favor del extranjero condenado - STC 203/1997, 25 de noviembre -. Añadiendo esta Sentencia que esa idea de obligatoriedad no está respaldada por la literalidad del art. 89 del CP. Es más, en su contra militan poderosas razones de política criminal que no fueron ajenas a la Circular 2/2006, 27 de julio de la Fiscalía General del Estado, en cuyas conclusiones se razonaba que si bien "*... cabe interesar la expulsión sustitutiva en delitos contra la salud pública, aunque se trate de sustancias que causan grave daño a la salud cuando se trate de actividades de venta al por menor de pequeñas cantidades*", los Fiscales deberán interesar el cumplimiento ordinario, evitando la petición de expulsión, en aquellos delitos "*... en los que el sujeto activo es un extranjero no residente que accede a España con el fin de cometer el delito y con ánimo de volver al extranjero una vez perpetrados los hechos. Estas consideraciones deben ser especialmente aplicables a extranjeros no residentes traficantes de drogas que causen grave daño a la salud o aun no causándolo, en cantidad de notoria importancia*".

En la misma línea se pronuncia la Sentencia **STS 531/2010, de 4 de junio** , en la que se declara que esta Sala, en reiteradas resoluciones (SSTS de 8 de Julio de 2004 , 24 de Octubre de 2005 , 24 de Julio de 2006 , 25 de enero y 18 de Julio de 2007 , entre otras) ha afirmado el criterio de que no resulta posible una aplicación mecánica del mencionado 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 también esenciales cuales son los de audiencia, defensa o motivación de las decisiones judiciales, de modo que la medida sustitutiva prevista en el artículo 89.1º del Código Penal sólo puede 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 cuanto a la jurisprudencia menor, el **ATS, Sección 1ª, de 4 de diciembre de 2014**, expone que "*el Tribunal no acuerda la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión atendiendo a la gravedad que para el bien jurídico colectivo de la salud conlleva la conducta desplegada por el recurrente, porque la sustitución pretendida supondría vaciar de toda eficacia las finalidades de prevención general y especial de la pena, inclusive la reinserción y rehabilitación social, al tiempo que*

vendría a constituir un efecto llamada innegable que redundaría en un incentivo a la comisión de tales delitos, con las graves consecuencias que para el bien jurídico protegido comporta la proliferación de tales conductas(. ..) Además la aplicación automática del art. 89 C.P. puede promover la comisión de delitos graves dentro del territorio español que queden impunes desvirtuándose así el efecto de prevención general y especial que tienen las penas y ocasionando evidente discriminación respecto a los españoles , extranjeros legalmente residentes en España y ciudadanos de la Unión Europea.”

En semejantes términos la **Sentencia de la A.P. de Madrid de 29 de junio de 2009** señala que *“No puede entenderse, sin embargo, que la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión tenga carácter automático, solo alterada por la posibilidad de una excepción para determinados casos”*, pues no pueden dejarse de lado otros aspectos de las penas que resultan trascendentes: Sensación de impunidad que puede provocar la sustitución pues el delito no va seguido de pena. Déficit que provoca en la función de prevención general. Posible desaparición de los efectos resocializadores de la pena. Sensación de impunidad discriminatoria cuando sean varios los penados unos residentes legales y otros no. Además se ha de entrar a valorar la naturaleza del delito cometido, así como las circunstancias del hecho y del culpable, por lo que es preciso oír al acusado sobre la expulsión y que *“haya existido la posibilidad de que el acusado proponga prueba sobre los hechos pertinentes y alegue lo que le convenga sobre el particular”*

En la **Sentencia A.P. de Madrid de 29 de mayo de 2009**, recurre el Ministerio Fiscal la no adopción de la expulsión interesada en el escrito de calificación, alegándose que la expulsión es imperativa aún cuando no se hubiera practicado la audiencia del penado.

La Sala desestima el recurso mencionando la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004, indicando que la interpretación literal del art. 89 C.P. ha de ser objeto de modulaciones para evitar, en unos casos, una quiebra del sistema penal y en otros soluciones contrarias a la doctrina del TEDH en materia de expulsiones.

También la Sentencia de 22 de abril de 2005 declara que la reforma al establecer la sustitución obligatoria y de aplicación automática ha de ser rebajada de este contenido

categorico, interpretación consolidada por la Sentencia de 30 de marzo de 2006 que declara que *“en la motivación el Tribunal debe ponderar no sólo la naturaleza del delito, sino las circunstancias personales y familiares del acusado a fin de atender no sólo a razones de orden público o de una determinada política criminal, sino también a la salvaguarda de derechos fundamentales”* y para dar contenido a esta protección de los derechos fundamentales se fija como requisito esencial el de la audiencia (Sentencias de 7 de junio de 2005 y 3 de marzo de 2006)

En definitiva la Sala desestima el recurso señalando que no basta la solicitud por la acusación, sino que es necesaria la audiencia, y en el caso concreto esta no se dio, por lo que *“se ignoran cuales son las circunstancias personales y socio familiares del acusado, quién no parece que tuviera ningún interés en la sustitución, ya que no acordada en la sentencia, la falta de decisión no ha sido motivo de recurso por su parte”*. Concluyendo igualmente que la sustitución no cabe acordarla en la segunda instancia.

IV.7 Motivación de la resolución.

La **Sentencia de la Sala Segunda del T.S. de 14 de febrero de 2007**, expone que existen dos razones que exigen la motivación: un argumento pro reo, porque la expulsión puede afectar a otros bienes incluso más trascendentales, como el arraigo; y un argumento inspirado en el principio de igualdad ante la ley, pues su delito podría resultar impune frente a los españoles, e incluso suponer la gratuidad del primer delito con la invitación de venir a España a delinquir de nuevo.

IV. 8 Carácter acumulativo y no sustitutivo.

Sentencia del T.S. de 31 de mayo de 2006. En la misma se deniega la expulsión acordada en la sentencia casada, al no haberse interesado la sustitución por el Ministerio habiéndose cumplido, en el momento de acordar la expulsión, siete meses de condena, señalando la sentencia:

“Al regular la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años por la expulsión del territorio español, tratándose de extranjeros no residentes legalmente en España, el vigente art. 89 CP . establece con carácter general esa mutación como imperativa, sin referirse a la audiencia previa del condenado.

Pero la jurisprudencia de esta Sala viene propugnando una lectura constitucional de aquel precepto, porque:

- a. En la regulación actual se encuentran elementos que requieren una apreciación previa, como es el relativo a la calificación de ilegal de la residencia en España.*
- b. La redacción vigente exige atender a la naturaleza del delito.*
- c. La sustitución infundada puede afectar negativamente a la función de prevención general de la pena e incluso a sus efectos resocializadores.*
- d. La expulsión puede entrar en conflicto con otros derechos fundamentales como los reconocidos en el art. 15 de la Constitución , al ponerlos en grave peligro de violación; o enfrentarse con la protección familiar a que se refieren los arts. 8 y 12 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el art. 39 CE.*

Lo cual, con arreglo a los derechos a la tutela judicial efectiva y a la no indefensión, que reconoce el art. 24 CE, requiere una oportunidad de toma de postura, de alegaciones e incluso de pruebas. (Así en el recurso invoca el acusado su convivencia en España con una persona de la que ha tenido un hija española).

La expulsión nunca fue pedida por el Ministerio Fiscal, antes, en o después del juicio. El carácter ilegal de la residencia en España del acusado apareció por primera vez en el factum de la sentencia. La Audiencia determina la procedencia de la expulsión sin otra motivación que el tenor de lo dispuesto en el art. 89.1º C.P.

Con todo ello no sólo resulta incumplido lo establecido en el art. 120.3 CE, sino también quebrantados los derechos a la tutela judicial efectiva y a la no indefensión; aparte de que, cuando se acordó la expulsión, el acusado ya llevaba más de siete meses privado de libertad, por lo que se venía a producir una injustificada acumulación de penas.

En cuanto a la jurisprudencia menor, el **Auto AP Barcelona de 22 de junio de 2007** estudia el supuesto en el que el Ministerio Fiscal interesa en el trámite de conclusiones definitivas la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional, habiéndose cumplido casi la mitad de la pena, señalando: *“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 arraigo que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión En conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el

que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad.

En el presente caso se ha acordado sic et simpliciter tal medida solicitada por el Ministerio Fiscal en el trámite de conclusiones definitivas, cuando ya se habían concluido los debates, restando sólo el derecho a la última palabra, que obviamente no satisface las exigencias de tutela de los valores de la familia y el derecho a elegir residencia, en consecuencia ya podemos anticipar que el recurso formalizado va a prosperar con consiguiente eliminación de la medida de expulsión acordada. Las demás denuncias son consecuencia de la decisión tan automática como infundada, que se adoptó en una aplicación literal del art. 89.1 C.P.

Se denuncia la desproporción de la medida porque el recurrente fue condenado a tres años de prisión y ya ha cumplido, prácticamente, casi la mitad de la pena, con lo que la medida de expulsión en este caso, no sería sustitutoria de la pena sino acumulativa de esta. Tampoco le falta razón al recurrente”.

IV.9 Efecto coercitivo y disuasorio de la norma penal.

La **Sentencia del T.S. de 24 de octubre de 2005** establece que la sustitución por la expulsión en los casos de tráfico de cantidades intermedias de cocaína, 200 a 500 gramos excluiría el efecto coercitivo y disuasorio de la norma penal, “*ya que los ciudadanos procedentes de países donde se produce o comercia con tales sustancias adquirirían la convicción de que tienen una especie de licencia para la comisión de una primera acción delictiva, cuya pena quedaría inejecutada, generándosele como una única consecuencia negativa la devolución a su país de origen*”

En igual sentido, la **Sentencia A.P. Madrid (6ª) de 18 de abril de 2007** deniega la sustitución de la pena por la expulsión habiéndose condenado por el transporte desde América del Sur de 625 gramos de cocaína con una pureza del 80,5% en base al siguiente argumento:

“Solicita la defensa al amparo del artículo 89.1 del Código Penal, para el caso de que la acusada sea condenada por estos hechos que le sea sustituida la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional.

Pretensión que no puede ser acogida en tanto el citado precepto del código punitivo no contiene un mandato imperativo para todo caso en que la pena impuesta por el delito sea inferior a los 6 años de prisión, como se comprueba al facultar al Tribunal sentenciador para no sustituir la pena cuando atendida la naturaleza del delito aprecie justificada el cumplimiento de la pena impuesta en un centro penitenciario en España.

Ello es precisamente lo que acaece plenamente en el supuesto analizado, en el que la llegada y estancia de la acusada en territorio nacional se limita única y exclusivamente a la introducción en España de la cocaína transportada -lo que implica la comisión de un delito grave ya analizado anteriormente-, con la intención de abandonar a continuación el territorio nacional. Ante tal circunstancia carecía de toda lógica la posibilidad de llegar a la interpretación esperpéntica del precepto analizado que llevara a la total impunidad de la acción cometida mediante la sustitución la pena de prisión que corresponde al delito mediante la expulsión de quien ya tiene decidido previamente abandonar el territorio nacional una vez logrado su objetivo de introducir la sustancia en el mismo. Una interpretación tan sui generis llevaría a sentar la total impunidad del delito de tráfico de drogas cometidos por extranjeros residentes en el extranjero, y por ende de las organizaciones extranjeras dedicadas a este deleznable tráfico, lo que no se revela sea el propósito del legislador, que en el artículo 368 del Código Penal no limita el sujeto activo únicamente en los Españoles y en los ciudadanos extranjeros residentes en España, pues no excluye a los ciudadanos extranjeros que residiendo fuera del país vengan al mismo a los exclusivos efectos de cometer el delito, para una vez logrado su propósito delictivo abandonarlo. Entender otra cosa sería estimar que el tráfico de drogas cometidos por extranjeros residentes en el extranjero se encontraría de facto destipificada por no ser constitutiva de delito, ya que una acción típica, antijurídica y culpable -como la que es objeto de este procedimiento- si esta carente de pena difícilmente puede calificarse de delito, que no decir cuando además se incorpora el premio económico del viaje ya previsto de vuelta al país de origen a costa de los presupuestos del estado.

Esta peculiar interpretación que no puede merecer un calificativo más suave que el de esperpéntica, llevaría no solo a incitar la venida de los correos de la droga, sino incluso su descubrimiento pues fijo que una vez entregada la ilícita mercancía transportada y puesta a buen recaudo en territorio nacional acudirían a la comisaría

más cercana a autodenunciar su actividad y de esta forma ahorrarse el precio del billete de vuelta que sería pagado a costa del contribuyente español.

Amén de ello, no se comprendería cual sería el bien jurídico protegido por el delito del artículo 368 del Código Punitivo, creándose un absoluto trato desigual y discriminatorio frente a la menor gravedad del pequeño trapicheo de una simple papelina de tales sustancias cometidos por españoles del que se verían ajenos las personas y las organizaciones que les suministran desde el exterior la mercancía, castigándose con ello el comercio al por menor y quedando impune el comercio al por mayor que se antoja como mas reprochable”.

Por ello consideramos que con la aplicación automática y rutinaria de la sustitución de la pena por la expulsión del acusado a su país de origen, se estaría promoviendo de firma incomprensible la comisión de delitos graves dentro del territorio nacional por ciudadanos extranjeros. De ahí que cuando las penas sean superiores a los tres años, y con mayor razón, cuando se vayan aproximando a lo seis años, no se estime razonable la concesión de la expulsión hasta que se cumpla la mitad de la pena”, habiéndose hecho eco de este criterio la S.T.S. de 8 de julio de 2005.

IV.10 Principio " non bis in idem " . Sanción administrativa y sanción penal.

En relación a la aplicación de este principio destacamos, dentro de la jurisprudencia menor, el **Auto de la AP Madrid, Penal, sección 17 del 20 de julio de 2012** (Rollo de apelación número 527/12 RT. Auto nº 1030/12), en el que se expresa en su fundamentación jurídica primera que “ *La resolución recurrida resulta ajustada a derecho, por lo que procede su total confirmación en atención a sus propios fundamentos.*

Frente a los razonamientos que se expresan en la misma, señala el recurrente que los hechos que motivan su expulsión son los mismos que provocan la iniciación de un procedimiento penal, siendo por tanto de aplicación el principio " non bis in idem " como consecuencia del cual no cabe doble sanción penal y administrativa debiendo paralizarse el procedimiento administrativo hasta que concluya el procedimiento penal. Alega también su derecho a la presunción de inocencia en virtud del cual los hechos que fundamentan la resolución de expulsión han de quedar probados en virtud de resolución penal o administrativa firme. Por último señala que el Decreto de expulsión

no fue notificado personalmente al interesado, por lo que el expediente administrativo de expulsión cuya ejecución se pretende ha caducado.

Frente a tales consideraciones, debe tenerse en cuenta que la resolución recurrida no decreta la expulsión del recurrente, sino que se limita, a tenor de lo dispuesto en el art. 57.7 de la LO 4/2000 de 11 de enero, a autorizar la expulsión del mismo en los términos recogidos en el citado precepto, ya que la expulsión ha sido decretada por la autoridad administrativa conforme a lo dispuesto en el art 53 a) en relación con el art. 57.1 de la citada Ley, por lo que cualquier tipo de alegación en relación con la decisión de expulsión deberá efectuarse en el expediente administrativo correspondiente.

En otro orden de cosas, los hechos que motivan la expulsión del Sr. Bernabé no son los mismos ni derivan de aquellos que provocaron la iniciación del presente procedimiento desde el momento en que el Decreto de expulsión es de fecha 02.02.10 y los hechos que motivaron la incoación del presente procedimiento se cometieron el día 02.09.10, esto es, siete meses después. Además la infracción por la que se acordó la expulsión del Sr. Bernabé es la prevista en el art. 53.1.a) de la LO 4/2000, esto es, "encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente", no refiriéndose la resolución de expulsión a la comisión por parte de aquel de delito alguno.

En el procedimiento penal en curso, se imputa al recurrente la comisión de un delito contra la seguridad vial y un delito de falsedad en documento oficial, castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años. En consecuencia, se estima adecuada la decisión del instructor, tras oír al Ministerio Fiscal, de autorizar la posible expulsión decretada en vía administrativa, y ello en el ámbito únicamente del proceso penal y teniendo en cuenta la repercusión que la expulsión puede tener en el curso del procedimiento, ya que una vez practicada la expulsión gubernativa, la misma produce el archivo de la causa.

Además, el art. 57.7 a) señala expresamente que "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", lo que implica que el juez deberá proceder a la autorización al no constar ni haber sido alegadas especiales circunstancias que justifiquen su denegación.

No se trata pues de sustituir la pena que pudiera serle impuesta en la presente causa por su expulsión del territorio nacional, sino que la expulsión decretada en vía administrativa cierra el proceso y determina su archivo, por lo que en ningún caso existe vulneración del principio " non bis in ídem ", ni infracción de los derechos a un proceso público, presunción de inocencia y utilización de los medios de prueba pertinentes, ya que el recurrente no ha sido condenado por delito alguno, manteniéndose con ello su derecho a la presunción de inocencia.

En este sentido, conforme se señala en la exposición de motivos de la LO. 11/2003 de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros , la medida de expulsión 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 conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto".

IV.11 Derecho a la vida familiar y al arraigo.

El derecho a la vida familiar ha sido un tema recurrente en la jurisprudencia europea, lo que supone un gran avance en el reconocimiento de los derechos, pues se deja de lado la conceptualización del migrante como mera fuerza de trabajo, reconociéndole el status de migrante tanto a él como a su familia. Este nuevo status, no sólo se refleja en la mayor protección de sus derechos, sino que también dignifica a las propias personas, pues implica un grado de superación al entender que no es válido construir su identidad y su propia existencia dependiendo de su capacidad producción o consumo dentro del modelo capitalista.

En el **Caso Berrehab vs. Países Bajos (21/06/88)** un nacional marroquí contrajo matrimonio con una ciudadana holandesa. De dicho matrimonio nació una niña, holandesa de nacionalidad. La esposa decidió demandar el divorcio ante los tribunales, el cual fue otorgado por el juzgado respectivo, acordándose en el mismo que el padre debía seguir cumpliendo con sus obligaciones económicas para con su hija, facilitando una manutención mensual. También se regularon las visitas parentales semanales. A pesar de lo anterior, al padre se le negó la renovación de su permiso de residencia, pues se consideró que al no existir vínculo alguno con la ex esposa, no existían motivos para ello.

Ante tal negativa, el ciudadano ejerció recurso de reconsideración ante el Ministerio de Justicia holandés, del cual nunca obtuvo respuesta y, por lo tanto y según el ordenamiento jurídico holandés, la misma debía entenderse como negativa. Por lo anterior, y tras haber perdido su trabajo, fue detenido y ordenada su expulsión a Marruecos.

Agotadas todas las instancias internas holandesas, el ciudadano en cuestión acudió, a la entonces vigente Comisión Europea de Derechos Humanos, la cual, después de realizar los procedimientos respectivos, elevó el caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal determinó que el Estado holandés violó el derecho a la vida familiar y privada del denunciante –art. 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos–, pues la vida familiar no necesariamente significa cohabitación. El Estado holandés pasó por alto la existencia de una menor que no sólo dependía económicamente de su padre, sino que también necesitaba que se protegiera la relación directa con su progenitor en pro de los derechos de la menor y en defensa de la unidad familiar.

Por otra parte, en relación a las políticas migratorias de los países, el Tribunal entendió que, si bien el Convenio no se refería en nada a la materia migratoria, no por ello debía de dejar de adecuarse el ordenamiento jurídico interno relativo a dicha materia a lo establecido en el Convenio. Por ello, la sentencia consideró que cuando Holanda negó el permiso de residencia por entenderlo inconveniente a los intereses económicos de la nación, no tuvo en cuenta que el ciudadano ofrecía una manutención a su hija y que esas necesidades o intereses del Estado no podían estar por encima del

derecho a mantener una vida privada y en familia; sobre todo para la niña que estaba acostumbrada, a pesar de que sus padres no vivieran juntos, a mantener un contacto muy estrecho con su padre.

En conclusión, de la sentencia es destacable que, en primer lugar, resalte la importancia del derecho a la vida familiar y privada, y la conceptualización de que ésta trascienda a la vida íntima de pareja, ya que, al contrario de lo que a priori se pudiera juzgar, la vida privada no es aplicable únicamente a los cohabitantes. Por otra parte, se establece que para que un estado ordene la expulsión de un extranjero, no debe justificar su decisión solamente en los intereses del propio Estado, sino que también debe evaluar si tal decisión puede afectar los intereses de un ciudadano de su país.

En el **Caso Maslow vs. Austria (22/03/07)** se presenta otro aspecto interesante de las expulsiones de extranjeros: su proporcionalidad. A pesar de que Maslow fue expulsado con motivo de la comisión de un delito, el TEDH determinó que dicha decisión no fue proporcional a las condiciones sociales de dicha persona.

Austria no tomó en cuenta que, a pesar de que Maslow no era un nacional austriaco sino belga, había desarrollado prácticamente toda su vida en ese país, incluso desconocía la lengua belga, de manera que todos sus lazos afectivos eran ajenos al país de su procedencia. Por lo que, se entendió que la expulsión fue desproporcionada, pues si bien existió una vulneración al orden público establecido, no menos cierta es la vinculación que dicha persona mantenía con el país desde hace varios años.

Lo anterior, desde nuestra perspectiva, pone de manifiesto que la idea de nacional es un concepto difuso, que va más allá de un mero status jurídico, ya que, como en el caso analizado, los vínculos afectivos y las relaciones con una cultura pueden ser más intensos que los que se tengan con el Estado de origen.

CONCLUSIONES.

Como hemos visto, la expulsión judicial de los extranjeros aparece de forma novedosa en nuestro ordenamiento jurídico penal, en el Código Penal de 1995, configurada como una medida alternativa sustitutiva de la pena privativa de libertad, y como una opción del legislador cuyo fundamento es: de una parte - por la consideración de que el delito perpetrado por el extranjero le señala a éste como una amenaza para la seguridad y/o el orden público de nuestra sociedad- como un modo de evitar que puedan permanecer en España, o regresar a nuestro país, aquellos extranjeros que han cometido un delito,; de otra parte, por la convicción de la inutilidad de una intervención reeducadora y de reinserción social durante el cumplimiento material de una pena privativa de libertad impuesta a un extranjero, que o no se ha integrado en nuestra sociedad, o lo ha hecho con una contrastada incapacidad, o ausencia de voluntad de respetar las leyes penales españolas. Además se añade la idea de evitar la saturación de los centros penitenciarios, y la especial problemática que pueden presentar estos penados en dichos establecimientos. Argumentos y fundamentos todos ellos que deben ser desechados, pues nunca la mayor o menor dificultad de la reinserción social de los extranjeros debe ceder ante una ideología de segregación, que no respete los derechos fundamentales de los mismos, pues ello iría en contra de la Constitución Española y la normativa europea al respecto.

De lo expuesto en este trabajo, en cuanto a la expulsión sustitutiva y a la reforma operada recientemente en el artículo 89 C.P. -el cual ha sido objeto de hasta cinco reformas- se desprende que esta figura desde siempre ha acarreado una gran polémica tanto en el ámbito doctrinal, como en el jurisprudencial, siendo múltiples y distintos los criterios y críticas que han intentado dar una explicación y justificación a la misma, a su naturaleza jurídica, su fundamento, su legitimidad y su encaje o posible vulneración con los principales derechos fundamentales del sujeto. Polémica que se mantiene tras la última de las modificaciones operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo.

Y así nos encontramos con que la reforma ha afectado principalmente a los tres primeros apartados del art. 89 C.P. que contemplan la sustitución misma y sus requisitos, mientras que los restantes reproducen las actuales previsiones para su desarrollo y posibles incidencias en el cumplimiento. En el cuarto apartado se incluye un régimen específico para los ciudadanos comunitarios. Y en los nuevos apartados cinco, seis, siete, ocho y nueve se contienen -aunque no literalmente- las previsiones

comprendidas en los distintos apartados del anterior artículo 89, ampliando el apartado nueve los delitos excluidos de la sustitución.

Y así, abundando en lo ya expuesto a lo largo de este estudio, hay que indicar, que si bien la reforma penal del art. 89 C.P. sobre la expulsión de los extranjeros - como medida sustitutiva a la pena de prisión- introduce algunos apartados que mejoran el tratamiento jurídico anterior, en su conjunto resulta criticable y rechazable, en tanto que contiene disposiciones discriminatorias que van dirigidas al control de un sector de la población muy vulnerable, los extranjeros, y ello con independencia de su situación legal y administrativa en España - regulares, irregulares e incluso familiares de españoles y comunitarios- cuyos derechos fundamentales resultan profundamente afectados como veremos a continuación, por lo que con la misma no se ha hecho más que retroceder de una manera importante en su integración en nuestro país, llegando a afectar, como se expondrá incluso a los ciudadanos de la Unión Europea. Y si bien la sustitución de la pena de prisión queda legitimada, en cuanto no debe ser la cárcel la única respuesta con la que cuente el sistema penal, ésta en ningún caso debe convertirse en un factor de desigualdad social.

PRIMERA.- Vulneración del principio igualdad. Expulsión de “de todos los ciudadanos extranjeros”.

Desde su incorporación al Código Penal de 1995, la aplicación de esta medida siempre se había restringido a los extranjeros no residentes legalmente en España, y así, una vez acreditado que el sujeto activo del delito era un extranjero sin residencia, le era aplicable la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta, por la expulsión del territorio nacional, y ello sin tener en cuenta si era la primera vez que delinquía, si era reo habitual o no, si estaba enfermo, si era un toxicómano o cuáles eran sus circunstancias personales y familiares o, finalmente el pronóstico de reinserción social que se derivaba de su persona, circunstancias todas estas que sí eran tenidas en cuenta cuando se trataba de un condenado que detentara la nacionalidad española, el cual, no sólo está excluido de la expulsión, sino al que le eran aplicables unos determinados beneficios en el momento de la ejecución de la pena.

Pero esto ha cambiado radicalmente con la reforma introducida por la L.O. 1/2015, en la que se ha sustituido la expresión “*extranjero no residente legalmente en España*”,

por la de “*ciudadano extranjero*”, de lo que se desprende que la expulsión se va a generalizar a todos los ciudadanos extranjeros, sin mayor concreción, con independencia de que residan legalmente o no en España, ampliando así mismo la citada reforma, de una forma expresa a la expulsión a los ciudadanos de la Unión Europea, aun con las limitaciones que se establecen en el apartado 4 del citado art. 89.

La anterior redacción del precepto ya era absolutamente criticable, por cuanto el criterio preferente para determinar la expulsión del extranjero, era su no residencia legal en España, dependiendo la aplicación de dicha medida de la nacionalidad del penado y de la situación de residencia que el mismo tuviera en nuestro país, pues entendíamos que esta distinción entre extranjeros y nacionales afectaba claramente al principio de igualdad, por la discriminación introducida entre los penados extranjeros no residentes legalmente, en relación con los penados nacionales o extranjeros residentes legalmente en nuestro país, y ello, porque no todos los extranjeros se encontraban en España en la misma situación de residencia. Pero con la reforma introducida por la L.O. 1/2015, se ha ido más allá, pues la misma extiende a “todos los extranjeros” la posibilidad de ser expulsados si cometen un delito “menos grave”, que conlleve una pena de prisión superior a un año, por lo que se trata de una figura muy discutible y de difícil encaje con el principio de igualdad.

El hecho de que se haya creado una sanción específica implica ya de entrada una seria e ilegítima conculcación del principio de igualdad. Por un lado, y con anterioridad a la reciente reforma, los nacionales españoles y los extranjeros con residencia legal podían verse discriminados frente a los extranjeros ilegales por considerar que ante la comisión del mismo delito los primeros podrían cumplir pena de prisión y los segundos no. Por otro lado, los extranjeros irregulares podrían considerar que la expulsión era una medida más gravosa o desfavorable que la que les correspondería si fuesen españoles o residentes legales, pues la carga aflictiva de la expulsión no es a priori uniforme, sino que se ve condicionada por factores como el delito cometido, la pena a imponer o las circunstancias personales del condenado, como ya hemos apuntado anteriormente. Lo mismo puede decirse ahora, tras la reforma de 2015, respecto de los españoles y los extranjeros, incluidos los ciudadanos de la Unión Europea.

Y así, la comisión de un delito menor va a posibilitar la expulsión del extranjero, sin dar lugar a la resocialización del mismo, lo que le va a producir un daño desproporcionado en relación con el delito cometido, no ya para él mismo, sino también

para las personas dependientes de él, teniendo en cuenta además que la expulsión comporta la prohibición de regresar a España y al espacio Schengen en un plazo de cinco a diez años. Esto no sucederá cuando el penado sea un español, a quien se le podrá suspender la pena, por lo que es evidente que la reciente reforma, vulnera el principio de igualdad y supone un retroceso en las garantías de los extranjeros, a los cuales se les sigue tratando como ciudadanos de segunda categoría. Y todo ello sin que en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, ni en la del Proyecto de la reciente reforma del Código Penal, se haga referencia alguna a la justificación de este cambio legislativo, pues si desde la publicación del Código Penal de 1995 siempre se había circunscrito ésta, a pesar de las diferentes modificaciones del art. 89 C.P., a los extranjeros sin residencia legal, bajo el fundamento de la dificultad de reinserción social que conllevaba esta situación irregular, no se entiende cómo ahora, y sin mayor explicación, se va a aplicar a todo tipo de extranjeros, con independencia de su situación administrativa en España.

Es por tanto una medida discriminatoria y contraria al principio de igualdad ante la ley, pues la reforma ofrece un trato diferenciado ante un mismo hecho delictivo, dependiendo de la nacionalidad del infractor. Por ejemplo, y a diferencia de un español, un extranjero residente quedará excluido injustamente de la posibilidad de suspender la pena cuando sea el primer delito cometido y aquella no sea superior a dos años de privación de libertad. Así, podrá ocurrir que en el caso de dos personas sin antecedentes penales, un nacional y un extranjero, que hayan participado en un mismo delito y hayan sido condenados por él, sea puesto en libertad el español (por suspensión de la pena de prisión) y sea expulsado el extranjero, con prohibición de entrada de hasta 10 años y extinción de su autorización de residencia.

Reiteramos que este diferente trato ante un tribunal, en función de la nacionalidad de una persona, es difícilmente compatible con el principio de igualdad ante la ley y el derecho a un proceso equitativo y justo, consagrados tanto en nuestra Constitución, como en otras normas internacionales protectoras de derechos humanos.

La igualdad y no discriminación en función de la nacionalidad, de la raza o de cualquier otra circunstancia ha de configurarse, no sólo como un derecho fundamental, sino como un principio que debe informar a la legislación y específicamente a la ley penal, por ser esta la máxima expresión de fuerza y de control que un Estado tiene frente a sus ciudadanos.

SEGUNDA.- Expulsión de ciudadanos europeos. Vulneración del derecho a la libertad de residencia y circulación. Posibilidad de expulsar a sus familiares.

La reforma introduce también de forma novedosa, y aunque de forma excepcional, la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea, 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, estableciendo mayores requisitos cuando hubiera residido en España durante los diez años anteriores a la comisión del delito, y si bien con ello la referida reforma reconoce los requisitos que la normativa comunitaria establece para la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea, en concreto 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, consideramos que esta ampliación de la expulsión sustitutiva se opone a la normativa europea y al derecho internacional público, por cuanto el fundamento de la expulsión ya no estará a partir de ahora en la situación administrativa en la que se encuentre el extranjero en nuestro país, sino en la carencia de nacionalidad española.

Por otra parte consideramos dudosa la condición de extranjeros de los ciudadanos comunitarios, en atención a la definición que de estos hace el Tratado de Maastricht, que extiende el concepto de ciudadano europeo “*a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado Miembro*”, por lo que estos deberían estar excluidos de la expulsión judicial - sin perjuicio de que pudieran solicitar el cumplimiento de la pena en el país del que sean nacionales- máxime cuando los mismos tienen libertad de residencia y circulación en todo el territorio de la Unión Europea, por lo que no cabría considerar que se encuentran ilegalmente en nuestro país. Pudiendo en todo caso ser sancionados por la autoridad gubernativa competente, cuando la infracción cometida tuviera su encaje en el art. 15 de la citada Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo.

Por otro lado, nada dice el precepto sobre los familiares extracomunitarios que conviven con estos ciudadanos comunitarios (cónyuges, parejas de hecho, padres o descendientes no nacionales de algún Estado de la UE), ni sobre los familiares extranjeros de ciudadanos españoles que residen en España (es el caso de matrimonios o parejas de hecho mixtas), frente a quienes también se extienden las mismas garantías de

protección especial ante las expulsiones. Esta omisión puede dar lugar a entender que estos familiares son susceptibles de expulsión sustitutiva en las mismas condiciones que el resto de extranjeros, hecho que iría en contra de uno de los derechos fundacionales de la Unión Europea, cual es, el citado derecho de todo ciudadano de un país de ella a residir libremente junto a sus familiares en el territorio de los Estados miembros, por lo que la posibilidad de expulsar a los familiares extranjeros de una persona con nacionalidad española, o de cualquier Estado de la Unión Europea, que hayan sido condenados por la comisión de un delito “menos grave” colisionaría frontalmente con el derecho comunitario y con nuestro derecho interno.

En atención a lo expuesto, no podemos más que concluir que la reciente reforma del art. 89 C.P. no ha hecho sino ahondar más en la aplicación de la ley de una forma absolutamente desigual entre nacionales y extranjeros, ampliando la restricción de los derechos de los extranjeros residentes legalmente en España, incluso de los ciudadanos comunitarios y sus familiares, y estigmatizar a las personas inmigrantes, lo que es totalmente censurable, pues la norma penal no debería distinguir entre ciudadanos españoles y nacionales de otros Estados, por lo que esta norma sustitutiva debería quedar fuera del ámbito penal, o en todo caso, ser una medida absolutamente especial, siempre motivada y por encima de cualquier política de extranjería o penitenciaria, obedeciendo tan solo a consideraciones jurídico-penales .

Como conclusión a los dos apartados precedentes debemos indicar que la generalización de la expulsión a todos los extranjeros supone cuestionar el carácter reeducador y reinsertador de las penas privativas de libertad, impuesto por el art. 25.2 de la Constitución.

Como se ha dicho, desde la redacción originaria de este precepto, en 1995, se había venido entendiendo que la resocialización, en prisión, de extranjeros no residentes legalmente en España podría suscitar problemas específicos que aconsejarían, en algún caso, optar por la medida de expulsión como sustitutiva. Sin embargo, la generalización de la expulsión a todos los extranjeros, como recoge la reciente reforma, con independencia de la valoración jurídica de su situación de residencia en España, supone una ampliación indiscriminada de la expulsión judicial, incompatible con las exigencias constitucionales.

Y si bien es cierto que el art. 57.2 de la LO 4/2000 posibilita la expulsión gubernativa de los ciudadanos extranjeros en supuestos muy similares - y dejando a un

lado la valoración jurídica que merezca esta disposición- resulta evidente que el fundamento de la expulsión gubernativa es diferente al de la penal. Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en su sentencia 236/2007, y si la política de extranjería puede quedar al margen del art. 25.2 de la Constitución (la reeducación y reinserción social), no cabe decir lo mismo de la política criminal, a la que sirve el Código Penal, por lo que consideramos que de no quedar esta norma fuera del ámbito penal, lo que procedería sería mantener la anterior fórmula que restringía el ámbito de la expulsión, como sustitutivo de la pena, a los casos de extranjeros no residentes legalmente en España.

Así mismo hay que tener en cuenta, además, que la generalidad de la fórmula utilizada por el precepto borra las diferencias que la legislación extra-penal establece entre las diversas modalidades de residencia: no permite distinguir entre residentes y no residentes, ni entre residentes temporales y residentes de larga duración. Ni siquiera diferencia a los ciudadanos de la Unión Europea y sus familiares de los extracomunitarios, y engloba todas estas situaciones en la genérica y ambigua fórmula de “*ciudadano extranjero*”, tratando por igual a las diferentes categorías jurídicas, tanto de las ya consagradas en Derecho interno como de las impuestas por la Unión Europea, lo que no deja de tener importantes consecuencias materiales, sin que exista razón político-criminal alguna que avale la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión cuando el extranjero disponga de autorización de residencia.

Una cosa era, como hacia el anterior art. 89, poner el Código Penal al servicio del control de los flujos migratorios, lo que ya considerábamos grave, y otra es - como se hace ahora- convertirlo en instrumento xenófobo de lucha contra el extranjero, ignorando los derechos inherentes al concepto de ciudadanía de la Unión Europea, contradiciendo lo dispuesto en la citada Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, cuyo art. 27, como dice el Informe del Consejo Fiscal “*si bien admite que los Estados miembros puedan limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia..., establece de forma explícita que tal decisión únicamente podrá justificarse por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, y que además deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, de modo que la existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas. Se exige igualmente que la conducta personal del*

interesado constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad sin que puedan esgrimirse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general”

El art. 28.2 de la misma Directiva enfatiza que los motivos de orden público y de seguridad en que se asienta la decisión de expulsar han de ser graves, y, si el ciudadano ha residido durante diez años en el Estado de acogida, “*imperiosos*”. Por lo que estos requisitos no se pueden presumir en toda condena penal superior a un año de prisión.

TERCERA- Vulneración principio “*non bis in idem*”.

La reforma establece como norma la sustitución imperativa de las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero por expulsión a su país de origen (frente a la anterior regulación en la que la limitación de la pena estaba en la condena a una pena privativa de libertad inferior a seis años y era aplicable tan solo a los extranjeros no residentes legalmente en España) lo que unido al hecho de que ahora la expulsión se hace extensible, como hemos indicado, a cualquier extranjero ubicado en territorio español, hace que el cambio sea relevante.

Para estas penas superiores a un año de prisión se establece la expulsión íntegra, es decir, el criterio general de la sustitución total, si bien excepcionalmente 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 tercer grado penitenciario.

Así mismo recoge el precepto una sustitución parcial cuando la pena impuesta sea superior a cinco años de prisión, o sean varias penas que excedieren de esa duración, pues en este supuesto el juez o tribunal deberá establecer, en todo caso, qué parte de la pena impuesta deberá ser cumplida en prisión (todo o parte), debiendo sustituirse la ejecución del resto de la misma por la expulsión del extranjero del territorio español, cuando cumpla el condenado la parte de pena que hubiera determinado el juez, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional. Por lo que, frente a la anterior regulación, se rebaja el límite de las penas íntegramente sustituibles por expulsión de los 6 años, al límite de los 5 años de prisión.

De todo ello se infiere que el legislador opta por la expulsión como pena sustitutiva de la prisión de una forma amplia, porque aunque se decida el cumplimiento de la pena, éste puede ser parcial y posteriormente puede decretarse la expulsión del territorio nacional, y no sólo cuando en el cumplimiento de la pena se acceda al tercer grado penitenciario o a la libertad condicional, como ocurría en la anterior regulación, al establecer el antiguo art. 89.5 C.P. que el juez o tribunal acordaría la expulsión de cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que el condenado hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena.

En definitiva, las penas de prisión de menos de un año no pueden sustituirse por la expulsión; las penas de más de un año son sustituidas por la expulsión y no se cumple la pena privativa de libertad, salvo que excepcionalmente el juez acuerde que el reo cumpla una parte de la pena (máximo dos tercios) y el resto sustituirlo por la expulsión del territorio español. Y en el supuesto de las penas de más de cinco años, el juez puede acordar la ejecución de toda la pena o de parte de ella, y el resto de la pena se sustituye por la expulsión.

De todas formas se acordará la expulsión una vez que el extranjero haya obtenido el tercer grado o la libertad condicional, lo que consideramos plantea que la medida de expulsión sea concebida como un doble castigo, con infracción del principio “*non bis in idem*”, ya que por un lado se procederá a la ejecución de la pena de prisión y posteriormente a la expulsión del extranjero del territorio español, con la prohibición de regresar a España y al territorio Schengen durante un periodo que mediara entre los cinco a los diez años, lo que supone una ejecución cumulativa, pues el extranjero en estos casos - a diferencia de un reo español que haya sido condenado a la misma pena, e incluso por el mismo delito- no sólo cumplirá la pena, sino que cuando esté en condiciones de alcanzar la libertad (aunque condicional) comenzará a cumplir una segunda pena: su expulsión del territorio español.

Con el mantenimiento en la reforma de esta institución en el ordenamiento penal el legislador, una vez más, ha hecho caso omiso a las voces que reclamaban el destierro de esta figura, reforma que por otro lado no puede más que ser criticada por su descarnado pragmatismo, así como por su discutible limitación de garantías constitucionales. Y así, como hemos visto a lo largo de la exposición, en la citada reforma se contienen disposiciones incluso más discriminatorias que en la anterior regulación, dirigidas al control de la minoría extranjera, y ello aunque se introduzca en el apartado cuarto del

art. 89 C.P., la posibilidad de no proceder a la sustitución en ningún caso, cuando a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada, pues en el supuesto de que el juez o tribunal acuerde la ejecución de una parte de la pena cuando el extranjero resulte condenado a una pena de prisión superior a un año, una vez el extranjero cumpla el periodo decretado, o acceda al tercer grado penitenciario, o le sea concedida la libertad condicional, el resto de la pena le será sustituida por su expulsión del territorio nacional, lo que plantea como hemos apuntado a la infracción del principio “*non bis in idem*”, pues la expulsión puede ser concebida como un doble castigo, ya que por un lado se procederá a la ejecución de la pena de prisión y por otro a la posterior expulsión, lo cual no equivaldría a la sustitución de aquella, sino a su ejecución cumulativa.

CUARTA.- Vulneración de la facultad discrecional del Juez. Imperatividad de la medida.

Junto a lo expuesto se mantiene el carácter imperativo y la prioridad de la medida, obligatoria para el juez, lo que nos parece criticable, pues con ello el legislador sustrae al juez o tribunal una importante facultad discrecional, aunque ahora parezca matizado dicho carácter con lo dispuesto en el apartado cuarto del precepto que viene a establecer que la expulsión deberá acordarse, solamente, si resulta proporcionada a la vista de las circunstancias del hecho y de las personales del autor, en particular su arraigo en España, indicándose que “*No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada*”, lo que va a exigir ahora del órgano sentenciador una valoración particularizada de cada caso en concreto, tras el pertinente y previo debate procesal; pero en todo caso si la medida no es desproporcionada, la expulsión vendrá obligada.

Por lo que tendrá el condenado extranjero que acreditar que sus circunstancias personales, en especial su arraigo en nuestro país, es de tal índole que de acordarse la expulsión, ésta resultaría totalmente desproporcionada, no sólo respecto a tales circunstancias, sino también en relación con las características del hecho o delito cometido.

En cuanto a las circunstancias del hecho, hemos de indicar que por indudables razones de prevención general y especial, la decisión sustitutoria deberá tomar en consideración en primer lugar, la naturaleza del hecho delictivo, por lo que la expulsión no debería tener lugar cuando nos halláramos ante hechos de especial gravedad o que sugieran un plus de peligrosidad (delincuencia organizada, tráfico de drogas, armas, delitos especialmente violentos, agresiones sexuales), pues ello supondría eliminar los efectos coercitivos y disuasorios de la norma penal, provocando en el ciudadano extranjero la convicción de una especie de inmunidad, cuya única consecuencia negativa por la comisión del delito sería, en el peor de los casos, su expulsión del territorio español.

Por lo que se refiere a las circunstancias personales del autor y en especial su arraigo en España, la reforma no ha venido más que a recoger la tesis jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, de restricción de la aplicación automática de la sustitución de la pena de expulsión, y aunque es plausible que se recoja en la norma una referencia al principio de proporcionalidad, así como a las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular, a su arraigo en España, hubiera sido deseable un mayor esfuerzo legislativo para pormenorizar aquellas causas que justificarían la expulsión del extranjero. Pero es más, consideramos que deberían ser los jueces y tribunales, quienes de una forma potestativa aplicaran o no dicha medida, previa valoración de las circunstancias personales del penado, esto es, el arraigo familiar, social, laboral y de todas aquellas alegaciones y pruebas que el mismo pudiera aportar al procedimiento, por cuanto dicha medida puede chocar con principios y derechos tan fundamentales como el derecho a la libre circulación, el derecho a fijar libremente su residencia y el derecho al respeto de la vida privada y familiar, entre otros, pues de conformidad con el contenido y requisitos de la normativa europea - transpuesta a través del RD 240/2007- resulta evidente que una condena a pena de prisión de más de un año, no presupone que estemos ante una conducta delictiva capaz de desestabilizar el orden o la seguridad pública, que tenga que determinar la expulsión del extranjero, máxime cuando el art. 27 de la Directiva 2004/308/CE impide expresamente justificar la expulsión por otros motivos que no guarden directa relación con el caso concreto.

Sin embargo el art. 89 C.P. determina imperativamente la expulsión tras el cumplimiento parcial de la condena, por lo que no se ajusta plenamente al contenido

esencial que anima a la normativa europea relativa al derecho de circulación, residencia y estancia, así como a la expulsión de ciudadanos comunitarios quienes, además de por razones jurídicas, también por imposiciones prácticas, gozan de una protección y de un reconocimiento distinto al del resto de ciudadanos extranjeros no comunitarios, por lo que hubiera sido deseable que los presupuestos del citado artículo hubieran coincidido con lo dispuesto en la normativa comunitaria, lo que facilitaría una interpretación y aplicación homogénea en toda la Unión Europea.

Así mismo entendemos que la referencia genérica a las “circunstancias personales del autor”, como elemento que ha de valorarse a la hora de determinar la procedencia de la expulsión, es una redacción del precepto que se ha quedado muy limitada en su contenido, pues para ser más respetuosa con los derechos fundamentales de las personas extranjeras y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tendría que haber contemplado de forma expresa la imposibilidad de la expulsión al país de origen cuando hubiera motivos suficientes para creer que ésta podría suponer riesgo de tortura, tratos crueles o degradantes, o, en general, cualquier peligro para la vida e integridad física de la persona extranjera, así como el supuesto de padecer una enfermedad grave imposible de tratar o paliar adecuadamente en el país de origen.

Y en este sentido, la ya citada STS 901/2004, de 8 de julio de 2004, criticaba la redacción del anterior artículo 89 del Código Penal, argumentando que “*sería imprescindible ampliar las excepciones de la expulsión, incluyendo la necesidad de ponderar las circunstancias personales del penado, como arraigo y vinculación familiar o que pueda correr peligro su vida o ser objeto de tortura*”.

Pero es evidente que el legislador ha hecho caso omiso a esta recomendación jurisprudencial, por lo que consideramos que una resolución judicial que no tuviera en cuenta explícitamente esta última circunstancia daría lugar a una actuación contraria al principio de reconocimiento de la dignidad de la persona, el cual es el fundamento del orden público y de la paz social -según el artículo 10.1 de la Constitución- que chocaría frontalmente con la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, consagrada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 3, Roma, 4 de noviembre de 1950), por lo que la misma sería contraria a los derechos humanos y al derecho comunitario.

De la imperatividad de la norma se desprende que la misma deberá ser adoptada por el juez de oficio, sin necesidad de que ninguna de las partes intervinientes en el

proceso lo solicite, pues a diferencia de la anterior redacción del precepto donde se preveía que la expulsión sustitutiva parcial debía ser instada por el Ministerio Fiscal, en la actual redacción del precepto se suprime dicha referencia y tanto en la sustitución íntegra (art. 89.1 C.P.), como en la parcial (art. 89.2 C.P.) tendrá que ser adoptada por el juez o tribunal de oficio, lo que reiteramos es censurable, pues tal facultad debería ser facultativa para el órgano sentenciador.

QUINTA.- Vulneración de los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

De nuevo nos encontramos ante una incorrecta y peligrosa técnica legislativa, en la que no se concreta con suficiente certeza los elementos de aplicación de la norma penal, lo que supone una vulneración de los principios de legalidad y de seguridad jurídica y ello cuando el precepto señala, en el apartado primero y segundo, que excepcionalmente, el juez podrá acordar la entrada en prisión del extranjero para cumplir todo o parte de la pena *“cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”*, términos estos imprecisos, indeterminados, que dependerán de la concreta valoración y criterio de cada juez o tribunal, lo que genera inseguridad y peligro de arbitrariedad, ya que es un criterio valorativo difícil de objetivar, que a buen seguro generará variada jurisprudencia.

SEXTA.- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

La ausencia de la audiencia al penado.

Considerábamos muy acertada la reforma en el citado art. 89 C.P., operada por la L.O.5/2010, al introducir el trámite de la “audiencia al penado”, en consonancia con lo establecido por el Tribunal Constitucional que exigía este requisito como condición de validez del procedimiento, por lo que en dicho trámite podía el extranjero alegar y acreditar las circunstancias que considerase oportunas y que pudieran incidir o no en la expulsión.

El hecho de que el penado no pudiera ser oído por el juez que iba a decidir sobre su expulsión del territorio nacional, ni pudiera aportar prueba alguna acreditativa de sus circunstancias personales, no encajaba con el principio de individualización de la pena

desde un punto de vista subjetivo, pues es el trámite de alegaciones el único medio para poder efectuar un juicio de proporcionalidad y ponderación ante los derechos que pueden entrar en conflicto a consecuencia de la expulsión.

A consecuencia de la citada reforma el condenado ya tenía posibilidad de alegar y probar sus circunstancias personales y familiares, con el fin de acreditar su arraigo en España y el juez, tras otorgarle dicha audiencia, debería efectuar un juicio de valor de las circunstancias personales del penado, y confrontarlas con la potestad estatal de control de los extranjeros, que incluye el derecho a expulsar a aquellos que cometan delito.

Pues bien, no entendemos muy bien por qué se ha suprimido en esta reforma de 2015 la audiencia al condenado, es decir, la obligatoriedad de que el juez escuche previamente al penado para conocer sus circunstancias de arraigo y situación familiar, lo que afecta a importantes derechos fundamentales de las personas. Se elimina con ello, como hemos dicho, una condición de validez del procedimiento y una garantía para el condenado, cual es la necesidad de que el órgano juzgador escuche a la persona extranjera antes de tomar una decisión sobre su expulsión; audiencia al penado que sí figuraba en la redacción del anteproyecto de 2015 y que fue reintroducida, como hemos dicho, en la reforma del Código Penal de 2010, para adecuar el texto de la ley a lo que, de forma unívoca y persistente, venía manifestando tanto el Tribunal Constitucional, como el Tribunal Supremo.

De todas formas, consideramos preceptiva la audiencia al penado conforme a la Constitución para la efectiva tutela de sus derechos (artículo 24 CE), y es censurable su omisión en tanto, deberá ser en el juicio oral donde el juez o tribunal deberá dar la palabra al acusado, a fin de que alegue lo que a su derecho convenga respecto a su arraigo, sus circunstancias personales, sociales, laborales y de cualquier otro tipo, y ofrezca los medios de prueba que considere oportunos para su acreditación, no siendo suficiente, en tal sentido, la mera manifestación de su representación letrada, ni tener por cumplido dicho requisito en el trámite de la última palabra antes de concluir la vista oral.

Por otro lado, establece el artículo 89.3 C.P., que en aquellos casos en los que no se haya podido cumplir con este trámite en el juicio oral y por tanto, con anterioridad al dictado de la sentencia, el juez podrá adoptar la decisión con posterioridad a la firmeza de la misma mediante auto motivado en la fase de ejecución de sentencia - previa

audiencia del Fiscal y de las demás partes personadas- debiendo entenderse que en este supuesto tampoco puede prescindir el órgano sentenciador de oír al condenado y darle la posibilidad de que aporte los medios de prueba que considere oportunos en defensa de su derecho, pues sólo en la audiencia al penado es posible exponer, discutir y analizar el conjunto de las circunstancias en que la expulsión ha de producirse.

El pronunciamiento judicial.

Al igual que en la anterior redacción del precepto, el pronunciamiento sustitutivo pueda realizarse, no sólo en sentencia sino posteriormente por auto, zanjándose así la cuestión que se había suscitado con anterioridad a la reforma introducida por L.O. 5/2010, de 22 de junio, en relación a si la expulsión sustitutiva podía ser acordada en fase de ejecución, por lo que a partir de dicha modificación, y en la actual redacción, si la expulsión no ha sido acordada en sentencia, tendrá que aperturarse un incidente de sustitución de la pena por la expulsión del penado extranjero del territorio nacional, en el cual podrán intervenir, además del penado y el Ministerio Fiscal, las demás partes personadas, siendo esta redacción más acorde con las exigencias de la individualización de la pena y con los derechos del extranjero, el cual, si no le ha sido posible en el acto del juicio alegar y probar las circunstancias que deberá tener en cuenta el juez a la hora de resolver sobre dicha medida, podrá interesar que se difiera la resolución sobre dicha cuestión a un momento posterior al acto del juicio.

Damos por reproducido en esta conclusión, lo ya expuesto en relación a la crítica de la supresión de la audiencia al penado en la L.O. 1/2015.

Motivación de la resolución judicial.

La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales es una cuestión reiterada por el Tribunal Constitucional, en tanto que afecta a derechos tan importantes como el de la libertad del individuo y el derecho a la tutela judicial efectiva.

La actual redacción del precepto ha suprimido la expresión contenida en el apartado primero del anterior art. 89 C.P., referente a que la no expulsión se debería acordar de forma motivada, y si ello era criticable porque era evidente que la misma motivación

debía contener la resolución que acordara dicha medida, el hecho de que ahora ninguna referencia se haga a la misma, es al menos inquietante.

La motivación de todas las resoluciones judiciales es labor de obligado cumplimiento por parte de jueces y magistrados, por lo que deberá fundamentarse tanto la resolución que no acuerde la expulsión sustitutiva, como aquella en la que sea acordada, pues el condenado tiene derecho a conocer cuáles son las razones que han llevado al juzgador a adoptar su decisión, pues de lo contrario se vulneraría el derecho a obtener una resolución judicial motivada a fin de evitar toda posible arbitrariedad.

SÉPTIMA.- Vulneración de la finalidad de las penas. La reeducación y reinserción social.

Con la expulsión del inmigrante y el hecho de ser extranjero, incluso en situación administrativa regular en nuestro país, el legislador opta por la renuncia a cualquier propósito resocializador del mismo, y ello aunque pese a haber delinquido, haya podido vivir de forma normalizada e integrada en España (y, en consecuencia, haya pasado años intentando salvar las barreras administrativas hasta conseguir la residencia legal), quedando como única medida a aplicar al mismo, la exclusión física por vía de la expulsión del territorio español, viendo así este frustrada su expectativa de convivencia y unión en nuestro país.

Esto supone el considerar que el extranjero es, por el hecho de serlo, un delincuente cuya integración plena es imposible o indeseable, lo que va en contra de la orientación de las penas privativas de libertad, por la cual la finalidad primordial de estas y de las medidas de seguridad, es la reeducación y reinserción social de los penados, principio resocializador contenido en el artículo 25.2 de la Constitución española. Y ello sin olvidar los limitados efectos reformadores o reeducadores que ofrece la prisión para cualquier persona presa, y que es evidente que para el extranjero son más negativos, pues es paradójico que se pueda educar en un mundo libre a una persona que se tiene privada de libertad, por lo que la pena de prisión debería ser la *ultima ratio* que el Derecho penal aplicara, y sólo en aquellos supuestos en los que no existiesen más vías de protección de los bienes jurídicos frente a los ataques más intensos a estos. Así mismo es criticable la generalización de la expulsión a “todos” los extranjeros, con independencia de la valoración jurídica de su situación de residencia en España,

incluidos los ciudadanos comunitarios, lo que supone una ampliación indiscriminada incompatible con las exigencias constitucionales, por lo que consideramos que lo procedente hubiera sido restringir el ámbito de la expulsión, como sustitutivo de la pena, a los casos de los extranjeros no residentes legalmente en España.

OCTAVA.- Audiencia de la víctima y los perjudicados.

Acertada es la introducción ya efectuada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, y que se mantiene en la actual redacción del art. 89.3 C.P. de dar audiencia a las partes personadas, pues será interesante tener en cuenta la opinión de las mismas, máxime si se trata de los perjudicados, pues no hay que olvidar que de forma injustificada dicho precepto nada establece sobre la satisfacción de la responsabilidad civil, siendo absolutamente criticable la carencia que a este respecto contiene el art. 89 C.P.

Y así no deja de sorprendernos que se omita la necesidad de oír a la propia víctima antes de acordar sobre la expulsión y que, además y en ningún caso, se vincule la expulsión al cumplimiento de todo o parte de la responsabilidad civil impuesta en sentencia, constituyendo así la expulsión una privación de facto del derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del delito, por lo que consideramos que no sólo debe otorgársele un trámite de alegaciones a la víctima del delito en el caso de que esté personada en el procedimiento, sino también a la víctima a cuyo favor se hubiera reconocido una indemnización, con independencia de que exista o no personación, debiendo así mismo supeditarse la expulsión sustitutiva al aseguramiento de la responsabilidad civil y ello siempre que fuera posible, pues no puede olvidarse que en muchos casos el extranjero habrá sido declarado insolvente en el procedimiento por carecer de bienes suficientes.

NOVENA.- Prohibición de regreso a España.

La expulsión como medida se agota en sí misma, por lo tanto ya está ejecutada en el momento en que el extranjero es enviado coercitivamente a su país de origen. Pero la misma conlleva como consecuencia intrínseca una prohibición de regreso a España.

Con la reforma se mantiene tras la expulsión, la prohibición graduable de regresar el extranjero a España en el plazo de entre cinco y diez años, introduciéndose como

variables para dicha regulación la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado, lo que entendemos es acertado al dar virtualidad al principio de proporcionalidad .

Pero hay que señalar que esta nueva regulación entra en discrepancia con lo establecido en el art. 58 LOEX., la cual impone un plazo máximo ordinario de cinco años de prohibición de entrada en España, y sólo diez cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, por lo que lo aconsejable hubiera sido situar el límite máximo de prohibición de regreso en los cinco años, para evitar dicha discrepancia de normas.

Es más, incluso consideramos que el legislador ha perdido la oportunidad de trasponer lo dispuesto en la Directiva europea de Retorno 2008/115/CE, del Parlamento y el Consejo Europeo, que establece que *“la vigencia de la prohibición de entrada en la Unión Europea tras la expulsión no excederá de 5 años. Sólo podrá exceder este periodo y ampliarse hasta 10 años, cuando el extranjero represente una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional”*. Pero no obstante ello, el legislador sigue dejando libre discrecionalidad al juez para establecer el periodo de prohibición de retorno al territorio Schengen -entre cinco y diez años- sin permitir que éste pueda ser inferior a cinco años, ni especificar que puede ampliarse hasta 10 años sólo en los casos de excepcional gravedad, tal y como recomienda la Directiva UE.

Por otro lado es relevante como el legislador ha querido comenzar a contar el plazo de prohibición de regreso desde la efectiva expulsión, y ello aunque la resolución ya se hubiera dictado tiempo atrás, todo ello manifiesta la indudable voluntad del mismo de proceder , en todo caso, a la expulsión del extranjero.

También es significativo que la redacción actual no haga referencia al plazo de prescripción de la pena, por lo que todo hace pensar que una vez concluido el periodo impuesto de expulsión al extranjero, éste podrá regresar a España aunque la pena pudiera no estar todavía prescrita. Es por ello criticable que el legislador haya dejado pasar la oportunidad de haber introducido estas puntualizaciones en la reciente reforma, las cuales hubieran sido más acordes con los derechos de los extranjeros.

Así mismo, conviene recordar que la prohibición de regreso a España queda ampliada a todo el territorio europeo donde se aplica el Convenio Schengen y que la

Directiva 2001/40/CE, de 18 de mayo de 2001, establece el reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

DÉCIMA.- Archivo del procedimiento administrativo.

La reforma de 2015 mantiene idéntica redacción en el apartado 6º del art. 89 C.P., que la establecida en el anterior precepto, en cuanto al archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización del extranjero para residir o trabajar en España, lo cual nos parece criticable, por cuanto la autorización de trabajo y residencia responde a razones de política migratoria que nada tienen que ver con la lógica preventiva propia del sistema penal, por lo que la decisión del juez penal deberá asegurar los objetivos pretendidos por la norma, pero no extender sus efectos a otro ámbito del ordenamiento jurídico, pues la normativa de extranjería ya contiene elementos suficientes para imposibilitar el acceso a la situación de legalidad documental del condenado que tuviera pendiente un procedimiento administrativo de autorización para residir o trabajar en España, de hecho el art. 31.5 LOEX establece que para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que el mismo carezca de antecedentes penales en España, por lo que tal previsión debería haberse suprimido .

UNDÉCIMA.- Tránsito e intento de quebrantamiento de la pena de expulsión.

En relación a los efectos de la transgresión de la orden de expulsión, la reforma del Código Penal de 2015, establece en el primer apartado del art. 88.7 C.P. que “*si el extranjero expulsado regresara a España, antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas*”, lo que coincide con la anterior redacción del precepto, pero añade “ *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 por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento*”, con lo que se introduce la posibilidad de ajustar el plazo de duración de la expulsión en el supuesto de que el extranjero incumpla con su obligación de regreso a España o a cualquier de los Estados del espacio

Schengen, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y a las circunstancias personales por las que el reo ha incumplido la obligación impuesta.

Y aunque consideramos acertada esta modificación, sin embargo hemos de criticar que el texto reformado no haya contemplado ninguna regla o criterio de compensación o descuento de la pena a cumplir, en función del tiempo que el extranjero hubiere permanecido efectivamente fuera del territorio español respetando el mandato judicial, por lo que debería establecerse la ponderación proporcional de ese tiempo al efectuarse la liquidación de la condena, y ello con arreglo a criterios fijados de antemano, y ello a fin de evitar la violación del principio “*non bis in idem*”, es decir, cumplir pena sustituida y el sustitutivo penal, aunque el atender ahora a las circunstancias antes expresadas -tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento- vaya a suponer una mayor individualización y personalización de cada caso en concreto.

En el supuesto de quebrantamiento intentado y detectado en frontera la reforma prevé en el apartado segundo del art. 89.7 C.P., la misma consecuencia que la establecida en la anterior redacción de la norma, esto es, la expulsión directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad, consecuencia que consideramos excesiva, pues no es equiparable que se haya consumado la prohibición de entrada en España o simplemente se haya intentado quebrantar la misma. Además debemos indicar que la terminología utilizada no es del todo punto correcta, y debería haberse corregido en la reforma, ya que no asistimos a una expulsión gubernativa, sino a una denegación de entrada por la vigencia de una prohibición de entrada -artículos 26 y 60 LOEX-, si se localiza al extranjero en un puesto habilitado, y a una devolución si el intento de entrada no se produjo por puesto habilitado -artículo 58 LOEX- radicando la especialidad del Código Penal en que este prevé una puesta de kilometraje a cero en caso de denegación de entrada, que no aparece contemplada en la LOEX, extendiendo a ésta la solución contemplada en caso de devolución por el artículo 58 LOEX.

DUODÉCIMA.- Ejecución pena sustitutiva. Internamiento cautelar.

La L.O. 1/2015, de 30 de marzo ha mantenido el internamiento en los Centros de Internamiento de Extranjeros de los extranjeros que no se encuentren o queden

efectivamente privados de libertad, cuando se haya acordado la medida de expulsión sustitutiva, con el fin de asegurar la expulsión y con el límite temporal de 60 días - artículo 62 LOEX-

La adopción de dicho internamiento es facultativo para el juez, por lo que consideramos que la regla general debería ser el emplazamiento del penado - con orden subsidiaria de detención dirigida a la Policía - a fin de que abandonare voluntariamente el territorio nacional, y sólo en el caso de no hacerlo, o de concurrir determinadas circunstancias que pudieran dificultar la materialización de la expulsión, debería decretarse el citado internamiento.

Sin embargo este precepto continua suscitando incógnitas en el trámite a seguir cuando el interno se encuentra en prisión preventiva, que no han sido resueltas por el legislador en la reciente reforma. Entendemos que el silencio legal permite establecer una alternativa: bien que el reo permanezca en prisión preventiva en el propio establecimiento penitenciario, ordenando a la Brigada Provincial o Grupo de Extranjería la adopción de las medidas necesarias para materializar la expulsión, tal y como se venía haciendo con anterioridad a la reforma de 5/2010 (según lo preceptuado en la disposición adicional 17ª de la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre), o bien aplicar analógicamente la solución del artículo 89.8 C.P., es decir ordenando el traslado del penado a un centro de internamiento de extranjeros.

Así mismo debemos indicar que el tiempo de privación de libertad no parece que se configure como de “ejecución de la pena o medida”, sino como un internamiento aparentemente administrativo, con los límites y garantías que le son propios, por lo que habrá de preguntarse si dicho periodo de internamiento deberá abonarse, en su caso, en la liquidación de la pena privativa de libertad, para el caso de que el penado tenga finalmente que cumplir dicha pena de prisión, bien porque la expulsión no ha podido llevarse a efecto, bien porque el extranjero expulsado regrese a España antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente (artículo 89.7 C.P.), lo que entendemos tendría que obtener una respuesta afirmativa, pero una vez más, la reciente reforma ha desaprovechado la ocasión para prever en este último supuesto unas reglas de conversión para el abono proporcional de los días de internamiento cumplidos, pues en caso contrario en base a qué se ha justificado esa privación de libertad.

También la nueva regulación ha perdido la ocasión de aplicar la jurisprudencia que ha venido revocando este tipo de prácticas, al entender que esta medida nunca debe de

adoptar de forma automática, “*la realidad fue que, durante el procedimiento, éste (el extranjero) se había encontrado, en todo momento, a disposición de la autoridad judicial, y en ningún momento se había sustraído a la acción de la Justicia. Carece por tanto de sentido la medida de internamiento, sin razones que la justifiquen, porque lo previsto en el artículo 89.6 C.P. no es una medida que deba adoptarse de forma automática*”, (A.P. Barcelona, Sección 2ª, en el Auto 336/2012, de 16 de abril).

Es igualmente lamentable que con esta regulación se continúe permitiendo que los extranjeros condenados por delitos y pendientes de expulsión del territorio nacional, sean ingresados cautelarmente en los centros de internamiento, junto con otros extranjeros irregulares a quienes la única infracción que cabe reprocharles es el carecer de la documentación en regla, por lo que debería preverse una separación entre los diferentes tipos de internos. Es más, con la ampliación de la expulsión a los ciudadanos europeos, también sobre estos podría decretarse tal internamiento, lo que es absolutamente criticable. Sirva en este punto, la reflexión hecha sobre la posibilidad de extender con la nueva regulación la expulsión a este tipo de “extranjeros”, así como la crítica respecto de los Centros de Internamientos de Extranjeros.

DECIMOTERCERA.- Imposibilidad de llevar a cabo la expulsión.

En todo caso y en el supuesto de imposibilidad material de llevarse a efecto la expulsión, establece el actual art. 89.8 C.P., que 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, suprimiéndose del precepto la referencia que se hacía anteriormente a “*su sustitución en los términos del artículo 88 C.P.*”, por cuanto el mismo ha quedado derogado y la sustitución de la pena, por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, ha quedado como una modalidad de suspensión de la pena de prisión.

DECIMOCUARTA.- Delitos excluidos de la expulsión.

Frente al elenco de delitos excluidos de la expulsión sustitutiva relacionados con la inmigración ilegal, esto es, el tráfico y recluta ilegal de mano de obra (art. 312 y 313 C.P.) y los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (318 bis C.P.), la reforma amplía los mismos a las penas que se hubieran impuesto por el delito del art.

177 bis) C.P., referido a la trata de seres humanos, que tienen por objeto que sus autores no puedan, tras el regreso a su país de origen, regresar y continuar infringiendo la ley con el mismo tipo de delito.

Y si bien debe ser elogiada la incorporación de dicho delito, consideramos que se ha desaprovechado la oportunidad de introducir otros delitos especialmente graves, como los subtipos agravados de pertenencia a organización del artículo 369.1.2º C.P. (en delitos contra la salud pública) o del art. 302.1 C.P. (en el caso de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico) por tratarse de supuestos específicos de asociación ilícita, los supuestos en que se utilizara violencia sobre las personas, cuando esta generara un plus en la ofensa, fuera especialmente vejatoria, implicara un mayor riesgo para la persona, se hubiera utilizado una violencia innecesaria para obtener el resultado o cuando se tratara de delitos contra la libertad sexual.

DECIMOQUINTA.- La expulsión como medida sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad.

Para acabar esta exposición, y en referencia a la expulsión como medida sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad, y a la posible incidencia en la misma de la reforma de la L.O. 1/2015, hemos de indicar que la citada reforma ha dejado intacta la regulación del artículo 108 CP, con lo que asistimos a determinados desajustes, en relación con la expulsión judicial sustitutiva de las penas privativas de libertad.

Y así, la redacción del citado artículo establece que *“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 aplicables, 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”*.

El anteproyecto y proyecto de reforma de esta norma ampliaba, al igual que el art. 89 C.P., el ámbito subjetivo a todo tipo de extranjeros, con independencia de que fueran o no residentes, previendo incluso de forma excepcional, el supuesto de expulsión para los ciudadanos de la Unión Europea, pero dado que la reforma no se ha llevado a cabo, el régimen de aplicación de la medida de seguridad será tan solo para los extranjeros no

residentes legalmente en España, por lo que como se ve, se aplicará un régimen diverso al extranjero, según le sea aplicable una pena o una medida de seguridad, teniendo en cuenta su residencia legal o no en España, lo que es absolutamente criticable.

Otra particularidad que en la pretendida reforma se preveía era que la sustitución de las medidas de seguridad sustituidas por la expulsión pudiera no sólo decretarse en sentencia, sino también en otra resolución posterior, pero esto realmente no establecía novedad alguna en relación a lo que sucedía en la práctica de los tribunales, pues el principio de revisabilidad periódica de las medidas de seguridad siempre permitió la posibilidad de aplicación en fase de ejecución de la medida de seguridad (artículo 97 CP).

Por otro lado el artículo 108.2 CP señala que *“el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión”*, con lo que no asistimos a la determinación judicial de la prohibición de regreso reducida de 5 a 10 años, y graduable en atención a la duración de la medida sustituida y circunstancias personales del sentenciado, tal y como se contempla en el artículo 89.2 CP para los casos de expulsión sustitutiva de penas, sino que en el supuesto de la aplicación de la medida de seguridad, la prohibición de regreso a España se fija directamente en diez años, sin permitir graduación, ni individualización alguna, lo que atenta a importantes derechos fundamentales .

Así mismo es criticable que no se contemple en la vigente redacción del precepto, ni en la ofrecida en el proyecto de reforma del C.P., la solución al supuesto de conculcación consumada de la prohibición de regreso, a diferencia de la previsión expresa del inciso primero del artículo 89.7 CP., en relación a la pena de prisión, que establece el cumplimiento de la pena que le fue sustituida, *“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 su expulsión y las circunstancias en que se haya producido su incumplimiento”*.

Respecto al supuesto de intento de quebrantamiento de la medida de seguridad de expulsión la pretendida reforma le otorgó los mismos efectos que en la vigente

redacción: la devolución por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición en su integridad.

Por lo que si bien era loable, en algún aspecto, la reforma que se pretendía en cuanto que acogía algunas de las consideraciones que se venían reclamando por la doctrina y la jurisprudencia, como podía ser el principio de proporcionalidad, lo cierto es que la misma continuaba adoleciendo de un tratamiento unitario, completo y armónico de la sustitución por expulsión con un régimen diverso de penas y medidas de seguridad.

No obstante lo expuesto, consideramos que la misma debería haberse suprimido del Código Penal, en cuanto que su finalidad práctica atiende a fines ajenos al Derecho Penal, pues no se trata de una intervención terapéutica, ni incide en la peligrosidad criminal del penado, pues el precepto hace referencia para su valoración a la “naturaleza del delito”, criterio que no se tiene que tener en cuenta en las medidas de seguridad, dado que la finalidad de las mismas es específicamente rehabilitadora respecto de la acreditada peligrosidad.

El mantenimiento de dicha institución supone un total desconocimiento del fundamento de las medidas de seguridad - las cuales no se vinculan al delito sino al delincente- y de su naturaleza, incompatible con una predeterminación cronológica fija y supone la desvinculación del juez o tribunal con el expulsado, quien resulta así abandonado a su suerte y posiblemente sin tratamiento alguno en ninguna parte. Sustituir una medida de seguridad por la expulsión del extranjero supondrá en muchas ocasiones expulsar a un enfermo mental, con lo que se puede considerar vulnerado con ello el Estado social y democrático de Derecho que propugna nuestra Constitución.

DECIMOSEXTA.- Suspensión de la ejecución de la pena.

Para acabar este apartado, haremos una breve referencia, a modo de síntesis, de las modificaciones más relevantes introducidas por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, la cual ha supuesto un cambio de régimen.

1. De la anterior regulación diferenciada de los dos modelos de suspensión y otro de sustitución de la pena, se pasa a la regulación única de la suspensión y se suprime la

figura de la sustitución de la pena, salvo en el caso de la sustitución de la pena por la expulsión para los extranjeros.

2.- Se incrementa el número de variables que debe examinar el juez para determinar si suspende o no la pena. De este modo, se pasa de la valoración de la peligrosidad criminal del sujeto y la existencia de otros procesos penales contra él, como único requisito para acceder a la suspensión de la condena, a la exigencia de que el juez valore si considera que la mera imposición de la pena –pese a la suspensión- será suficientemente disuasoria de la comisión de nuevos delitos.

A continuación se establecen los criterios que el juez deberá examinar para determinar si el sujeto necesita o no cumplir la pena, para que ésta cumpla su finalidad de prevención especial. Así, las circunstancias del delito, la personalidad del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho (en particular su esfuerzo por reparar el daño), sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que cabe esperar de la suspensión y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, son los nuevos criterios establecidos por el legislador.

3.- En las condiciones exigibles para poder acceder a la suspensión, se introduce un nuevo criterio que se asemeja al que venía siguiéndose hasta la fecha, consistente en que los antecedentes penales referentes a delitos de distinta naturaleza al delito objeto de valoración, no se computarán como antecedentes penales. Pero la forma en que se redacta no expresa exactamente esta idea, sino que se establece que no se tendrán en cuenta como antecedentes penales, los delitos cometidos que *“carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de la comisión de delitos futuros”*. Este nuevo criterio supone dar mayor margen de discrecionalidad al juez, en perjuicio de la seguridad jurídica.

4.- Además se modifica la condición 3ª, relativa a la satisfacción de la responsabilidad civil, eliminando la posibilidad de que el juez pueda acordar la insolvencia del penado, y su consiguiente “liberación” de la obligación de pagar la responsabilidad en tanto en cuanto permanezca esta circunstancia. Con la reforma, este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica, y sea razonable esperar que sea cumplido. En consecuencia, habría que preguntarse que si no es razonable esperar que sea cumplido (es decir, si el sujeto es insolvente), no cabrá acordar la suspensión (art. 80.2 C.P.).

5.- Se introduce un nuevo requisito junto a la exigencia de pago de la responsabilidad civil, que es que se haya hecho efectivo el comiso del artículo 127 C.P. El penado tiene, además, la obligación de facilitar ese comiso bajo riesgo de que no le sea concedida la suspensión (art. 80.2 C.P.).

6.- En cuanto a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad de los penados drogodependientes, se elimina la obligación del juez de solicitar informe médico forense en todo caso, siendo suficiente con la acreditación por parte del interesado. Se suprime el párrafo referente a la posibilidad que se otorga al juez en la redacción vigente, de conceder la suspensión a penados drogodependientes y reincidentes en resolución motivada. Esto podría tener el efecto de hacer desaparecer en la práctica la suspensión de la pena a drogodependientes reincidentes, si bien esta posibilidad tampoco se prohíbe expresamente. Se faculta a sí mismo al juez para ordenar la comprobación del cumplimiento de los requisitos de la suspensión (art. 80.5 C.P.).

7.- Se elimina la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal para fijar el plazo de suspensión. El plazo sigue siendo de 2 a 5 años y de 3 a 5 años en el caso de la suspensión para drogodependientes (art. 81 C.P.).

8.- El juez tendrá que resolver sobre la suspensión de la pena en la sentencia siempre que sea posible, o con la mayor urgencia posible una vez sea declarada firme la sentencia. Se introduce un apartado para determinar el cómputo del plazo de suspensión, que será desde la firmeza de la resolución en que se acuerde. Asimismo, se sustrae del cómputo del tiempo para la suspensión, aquél en que el penado se encuentre en situación de rebeldía (art. 82 C.P.).

9.- Desaparece del catálogo de prohibiciones durante el periodo de suspensión, la de “volver a delinquir” el penado, si bien puede colegirse de la lectura del nuevo texto. Se introduce la prohibición de imponer deberes y obligaciones “excesivos o desproporcionados”.

Las obligaciones cambian en su redacción pero básicamente vienen a ser las mismas, con algún añadido extra, aunque se introduce la prohibición de relacionarse con personas que puedan facilitar o inducir al penado a cometer delitos.

Se introduce la obligación del Juzgado de informar de las medidas prohibitivas a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, que deberán velar por su cumplimiento, y la

obligación de control del cumplimiento de las medidas formativas, a la Administración penitenciaria.

Por último se introduce la prohibición de conducir vehículos a motor que no contengan dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento, a la comprobación de las condiciones físicas del conductor cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial (art. 83 C.P.).

10.- Se introduce la facultad potestativa del juez, de exigir también el cumplimiento de alguna de las siguientes condiciones: el cumplimiento de un acuerdo de mediación en su caso, el pago de una multa, o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. De este modo, lo que con la redacción anterior constituían supuestos de sustitución de la pena, como modalidad alternativa a la suspensión, pasan a ser ahora condiciones acumulables a las de exigencia obligatoria para el acceso a la suspensión, reguladas en los artículos precedentes.

Esto supone una penalización doble del penado, que además de tener que superar el periodo condicional impuesto por el juez para obtener la remisión definitiva de la pena - con el cumplimiento, además, de las condiciones de tratamiento o de prohibición de acercamiento que se le pudieran imponer- podrá verse obligado a hacer frente al pago de una multa, o a tener que realizar trabajos en beneficio de la comunidad. Se introduce un límite máximo para la extensión de la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad, que en ningún caso podrán superar los dos tercios de duración de la pena de prisión. Se introduce, además, un párrafo que condiciona la imposición de la multa en el caso de los delitos sobre la mujer, a los casos en que quede acreditado que entre ambos cónyuges ya no existen relaciones económicas (art. 84 C.P.).

11.- También el juez podrá modificar las condiciones o las prohibiciones impuestas durante el tiempo de la suspensión (art. 85 C.P.).

12.- En cuanto a los criterios para la revocación de la suspensión, se introduce el supuesto de que no se cumpla con el compromiso de pago de las responsabilidades civiles, *“salvo que el penado carezca de capacidad económica para ello”*. De este modo, la insolvencia no constituye un criterio para obtener la suspensión de la pena, pero sí es un criterio para evitar la revocación de la misma ante el incumplimiento de la obligación de pago de la responsabilidad civil. Por otro lado, en caso de revocación de

la suspensión se tendrían en cuenta los pagos y prestaciones realizadas, que se abonarán al cumplimiento de la pena (art. 86 C.P.).

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA HERRERO, C. “Pena de prisión y extranjería: algunas especificaciones legislativas”. *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº 16, 2009.

ALTÉS MARTÍ, M. A., en *El extranjero presunto autor de infracciones penales: la expulsión de imputados. Procedimiento y cuestiones que plantea*, Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal, IV-2002, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.

ALVAREZ GARCIA, F. J. y GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Directores). “Comentarios a la reforma penal 2010.” Tirant lo Blanch. Valencia 2010.

ALVAREZ GARCIA, F. J. y GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Directores). “Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal”. Tirant lo Blanch. Valencia 2010.

ALVAREZ GARCIA, F.J. y DOPICO GOMER-ALLER, J. (Director y coordinador) “Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012” Tirant lo Blanch. Valencia 2013.

ARANGUEZ SANCHEZ, C. “Reformas introducidas en el Código Penal por la L.O. 8/2000. Comentario sistemático a la Ley de Extranjería.” Granada 2001.

ARIAS SENSO, M. “Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004” .Diario La Ley, nº 6160, Año XXVI, 3 enero 2005.

ASUA BATARRITA, A. “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en VV.AA., *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2002.

BRANDARIZ GARCIA, J.A. Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempos de declive del Estado social y del Estado-nación. Granada. Comares 2007.

BRANDARIZ GARCIA, J.A. “Funcionalidad de la construcción de los inmigrantes como sujetos de riesgo en el sistema penal español”, en *Constitución y derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*.2009.

BRANDARIZ GARCIA, J.A . Sistema penal y control de los inmigrantes: gramática del migrante como infractor penal. Granada. Comares 2011.

BUENO ARUS, F. “Expulsión de Extranjeros”. En *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VIII Vol. 2º:” El extranjero y la legislación penal española”. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid-1988.

CALVO ROJAS E. “*El procedimiento sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares*”. *Cuadernos de Derecho Judicial del C.G.P.J.*, año 2001.

CALVO-RUBIO BURGOS, J.B. “*Tratamiento del extranjero ante la jurisdicción penal: autorización judicial para la expulsión administrativa. La expulsión como sustitutivo penal y como medida de seguridad. Su quebrantamiento.*” Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, CEJAJ, 1999-II.

CAMPO CABAL, J. M. *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Cívitas, Madrid, 2001

CANCIO MELIÀ, M. “*La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 C.P.)*”, en VV.AA., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid (Thomson Aranzadi), 2005.

CANCIO MELIÀ, N. y MARAVER GÓMEZ, M. “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal, en Bacigalupo, S y Cancio Melià, M. (coords.) *Derecho Penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005

CANO CUENCA, A. “Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes, prestaciones o medidas. Modificación. Revocación. Expulsión de extranjeros (art. 83, 84, 85, 308 bis y 89)” . *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Direc. González Cussac, J.L. Tirant lo Blanch. Valencia 2015.

CASABO RUIZ, J.R. Anteproyecto de Código Penal formulado por la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de la Falange Española Tradicionalista y de las JONS. Estudio Preliminar y edición. Murcia, 1978.

CASABO RUIZ, J.R. El Proyecto de Código Penal de 1939. Estudio Preliminar y edición. Murcia, 1978.

CERES MONTES, J.F. “Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional”, en VV.AA., *Cuadernos de Derecho Judicial, num. 3: Las últimas reformas penales*, Madrid (CGPJ) 2005.

CEREZO DOMINGUEZ, A. I. El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales . Tirant lo Blanch. 2010.

CERVELLO DONDERIS, V. “Situación jurídica de los extranjeros en prisión”, en *Migraciones contemporáneas y nuevos riesgos en materia de seguridad, Revista galega de seguridade pública*, 2006.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON T. Derecho Penal. Parte General, 5ª Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1999.

COMAS D´ARGEMIR, M., SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C. y NAVARRO, E. “Sustitución de la pena por expulsión: principio de proporcionalidad, audiencia del acusado y del penado, distintas fases procesales (artículo 89 CP), en *Jornadas de la comisión penal de jueces para la democracia*, Valencia, 2012.

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

CORCOY BIDASOLO, M. , MIR PUIG, S. en CORCOY BIDASOLO, M. *Comentarios al Código Penal . Reforma LO 5/2010*. Tirant lo Blanch. 2011.

CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M.: *Comentarios al Código penal. Parte general*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.

CRESPO NAVARRO, E. “La Directiva 2003/109/CE del Consejo relativa al Estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia.” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, n° 18, mayo-agosto 2014.

CUELLO CALON, E. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980.

CUERDA ARNAU, M.L. Atenuación y Remisión de la pena en los delitos de terrorismo. Ministerio de Justicia e Interior. Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid 1995.

CUGAT MAURI, M. “La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del derecho penal”, *Revista de Derecho Penal y Procesal* (6), 2001.

CUGAT MAURI, M. “La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros (art. 89 C.P.)”, en GONZALO QUINTERO OLIVARES (director) “*La reforma Penal de 2010. Análisis y comentarios*”. Aranzadi, 2010.

DAUNIS RODRIGUEZ, A. “*El derecho Penal como herramienta de la política migratoria*”. Ed. Comares 2010.

DE LAMO RUBIO, J. Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código, Barcelona: Bosch, 1997.

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

DE LA ROSA CORTINA, J. M. “La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la L.O. 11/2003”. *Diario La Ley* (6042), 17 de junio 2004.

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

DELGADO MARTIN, J. “Problemática jurídica de la inmigración ilegal. Perspectivas y proyectos de regulación en el futuro. La persecución internacional” CEJAJ, 2003.

DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M. (dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en el Derecho penal*. Madrid (La Ley) 2007.

DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M. Extranjería y Derecho penal. Las últimas reformas. REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN. N.º 12. ABRIL 2007

DORADO NOGUERAS M. y RODRIGUEZ CANDELA J.L. “Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, publicado en la obra colectiva *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*. Ed. Comares, Albolote (Granada), 2001.

FERNANDEZ APARICIO, J.M. “La ejecución penal. Adaptado a las Leyes Orgánicas 1/2015 de reforma del Código Penal, 5/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima”. Sepín 2015.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. “Extranjeros inscritos en el sistema de información de Schengen como no admisibles y eficacia en España de resoluciones de expulsión acordadas por otros estados de la Unión Europea.” *Revista de Derecho migratorio y extranjería de la Universidad de la Rioja* (13), 2006.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. “Tutela judicial del extranjero: examen especial de la tutela del derecho a la libertad en el marco de las medidas reparatorias” .Seminario de Fiscales Especialistas en Extranjería. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, Madrid 2004.

FERNANDEZ AREVALO, L. “Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010”. *Revista de Extranjería. Lex Nova*, nº 24, noviembre 2010.

FERNANDEZ VALVERDE, R. “Las garantías jurídicas de los extranjeros”. *Revista del Poder Judicial* nº 67, 2002.

FLORES MENDOZA, F. *Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate)*. LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord.). Tirant lo Blanch. Valencia.2002.

FLORES MENDOZA, F. La expulsión del extranjero en el Código penal español, en VV.AA., *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2002.

GÁMIZ, M. y VALDERRAMA, J. “El proyecto de reforma del Código Penal. La sustitución de las penas por expulsión a los extranjeros residentes”, diciembre 2013. *Pensamiento Crítico*, diciembre 2013.

Recurso electrónico disponible <http://www.pensamientocritico.org/mangam1213.htm>

GARCÍA ALBERO, R. *Comentarios al Nuevo Código Penal: Gonzalo Quintero Olivares* (dir.). Pamplona: Aranzadi, 1996.

GARCÍA CATALÁN, J.M. *Infracciones, sanciones y procedimiento en la ley y el reglamento de extranjería*, Barcelona, Atelier, 2002

GARCÍA ARÁN, M. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

GARCÍA CATALÁN, J.M. *Infracciones, sanciones y procedimiento en la ley y el reglamento de extranjería*, Barcelona, Atelier, 2002.

GARCIA DEL BLANCO, I. “Problemas de legitimidad y aplicación de la expulsión como sustitutivo a penas privativas de libertad. A la espera de una inminente reforma en la legislación penal española” (en prensa).

GARCIA ESPAÑA, E. “La delincuencia de inmigrantes en España” *Inmigración y Derecho penal: Bases para un debate*. Tirant lo Blanch, 2001.

GARCIA ESPAÑA, E., Extranjería, delincuencia y legislación penitenciaria. *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería*. Nº 4, noviembre 2003.

GARCIA ESTEBAN, M.D. “Expulsión de extranjeros en el Código Penal”. *Revista Penal*, nº 35. enero 2015.

GIL ARAÚJO, S. “Muros alrededor de “el Muro”. Prácticas y discursos en torno a la inmigración en el proceso de construcción de la política migratoria comunitaria”, en Martín Palomo, M. T., Miranda López, M. J. y Vega Solís, C. (ed.), *Delitos y Fronteras. Mujeres extranjeras en prisión*, Ed. Complutense, Madrid, 2005.

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

GONZÁLEZ CAMPO, E.: “La expulsión del extranjero como sustitutivo penal en la reforma del Código Penal y en la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, nº4, 2003.

GONZALEZ CUSSAC, J.L.Direct. Comentarios a la reforma del Código Penal 2015. 2ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia 2015.

GRACIA MARTÍN, L.. “El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito”. Gracia Martín, L, Boldova Pasamar, M.A. y Alastuey Dobón, .M.C. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia. Tirant lo Blanch, 1998.

GRACIA MARTÍN, L. y ALASTUEY DOBÓN, C. “Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad”, en Gracia Martín, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2012.

GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A. El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado. Tomo II. TIMOTEO Arnaiz. Burgos 1872.

GUISASOLA LERMA, C. “Consideraciones político-criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal.” *Estudios Penales y Criminológicos XXX*, 2010. Universidad de Santiago de Compostela.

GUISASOLA LERMA, C. “Reformas penales y tendencias político criminales en materia de inmigración”. *La Ley Penal*, n° 67, enero 2010.

GUISASOLA LERMA, C. “La reforma del código penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de penas de privación de libertad (art. 89 C.P)”, en FRANCISCO J. ALVAREZ GARCIA y JOSE LUIS GONZALEZ CUSSAC (Directores), “*Comentarios a la reforma penal 2010.*” *Tirant lo Blanch. Valencia 2010.*

CHUECA SANCHO, A. G., en "El Derecho internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros", *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería*, número 1, Lex Nova, Valladolid, noviembre 2002.

IGLESIAS RIO, M.A. "Algunas reflexiones sobre extranjería, Derecho penal y derechos fundamentales". *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. D^a. M^a del Mar Díaz Pita, dir. F. Muñoz conde. Tirant lo Blanch. Valencia 2008.*

IGLESIAS RIO, M.A. “La expulsión de extranjeros”. *Comentario a la reforma penal de 2015*, direc. Quintero Olivares, G. Aranzadi 2015.

IZQUIERDO ESCUDERO, F. J. “Naturaleza jurídica de las sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal: comentario al auto del Tribunal Constitucional 106/1997, de 17 de abril”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n° 5 (1997).

JARAMILLO GARCIA, A. “Novísimo Código Penal. Comentado y cotejado con el de 1870”. Volumen I, libro I. Imp. De Silvestre Ferreira. Salamanca 1928.

JARRIN MORAN, A. y Rodríguez García, D., Javier de Lucas. “Los Centros de Internamiento para Extranjeros en España: una evaluación crítica” .*Revista CIDOB d’afers internacionals*, n.º 99, (septiembre 2012).

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

LAURENZO COPELLO, P. Inmigración y derecho penal . Bases para un debate. Tirant lo Blanch. 2002.

LAURENZO COPELLO, P. “Últimas reformas en el Derecho Penal de extranjeros. Un nuevo paso en la política de exclusión”, en *Jueces para la democracia*, Nº 50, 2004.

LEGANES GOMEZ, S. “La expulsión de los penados extranjeros”. *La ley*. Nº 91, marzo 2012.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. Y Otros. Códigos penales españoles. Recopilación y concordancia. Editorial AKAL S.A. 1988.

LOPEZ GONZALEZ, J.L. “ Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”. El nuevo derecho de extranjería. *Estudios acerca de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Rodríguez Benot, A y Hornero Méndez, C., Coordinadores. Granada 2001.

LOPEZ LORENZO, V. “La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código penal” *Revista de Derecho penal procesal y penitenciario*, La Ley, nº 9, octubre 2004.

LORENZO JIMENEZ, J.V. “La expulsión de extranjeros por permanencia irregular en España: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo” en el nº 20 de REDMEX. Marzo 2009

LUZÓN CUESTA, J.M. Código Penal, Colex, 7.ª edición, 2003.

LLORCA ORTEGA, J.: *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995* (4ª ed.), Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

LLORCA ORTEGA, J. Ponencia sobre Sustitución y suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, presentada en el Congreso sobre el Código Penal de 1995, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid, marzo de 1996.

MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E. “Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión, sustitución y expulsión.” *La Ley* 2008.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia*. VV.AA. Editorial Trivium 1997.

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

MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La reforma del Código Penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2 /2015, de 30 de marzo. *La Ley*. 2015

MAPELLI CAFFARENA, B. “El proyecto del Código Penal de 1994”. Tomo I. Curso UIMP Valencia. Junio 1995.

MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed. Civitas. Madrid, 1996.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. “¿Quién controla los CIE?”, en *Boletín Alter*, nº 5, diciembre 2010. También accesible en: www.inmigrapenal.com/Paginas/Documentos/QnControlaCIEweb.pdf

MARTINEZ ESCAMILLA, M. , *¿Qué son los CIÉ?* *Crítica*. Año 61, Nº. 973, 2011 (Ejemplar dedicado a: La cárcel del siglo XXI: desmontando mitos y recreando alternativas)

MARTINEZ ESCAMILLA, M. Para que el derecho no se detenga a las puertas de los CIE. Análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros. En VV.AA. *Libro Homenaje a Juan Bustos Ramírez*, Madrid 2009.

MARTINEZ ESCAMILLA, M. Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?. Indret: Revista para el Análisis del Derecho. Nº. 3, 2009

MARTINEZ ESCAMILLA, M. *El internamiento de extranjeros en el proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social (B.O.C.G. de 1-7-2009): propuestas y razones para su modificación*. ReCRIM: Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV. Nº. 2, 2009.

MARTINEZ ESCAMILLA, M. Los centros de internamiento para extranjeros: régimen jurídico y realidad. Estudios jurídicos, Nº. 2011, 2011

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. “Controles de identidad, detenciones y uso del perfil étnico en la persecución y castigo del inmigrante ‘sin papeles’: ilegalidad e inconstitucionalidad de determinadas prácticas policiales”. *Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARTINEZ ESCAMILLA, M. “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta donde estamos dispuestos a llegar?”, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, julio 2009.

MARTINEZ ESCAMILLA, M. *La inmigración como delito. Un análisis políticocriminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis del CP*, Barcelona, 2007.

MARTINEZ ESCAMILLA, M. “*Mujeres en el CIE, género, inmigración e internamiento*”. coord. por Margarita Martínez Escamilla, Carmen José Segovia Bernabé; Raquel Benito López (aut.), María Victoria García del Blanco (aut.), Concepción Sáez Rodríguez (aut.), Pilar Sánchez Alvarez (aut.). Sareak, Nº 14. 2013.Ed. Gakoa.

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

MARTÍNEZ PARDO, V. J. *Detención e internamiento de extranjeros*, Navarra (Thomson Aranzadi) 2006.

MARTÍNEZ PARDO, V. J. “La expulsión de los extranjeros como sustitutiva de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad”, en *Revista de l’Institut d’Investigación en Criminología i CIencias Penales de la UV*, 2012. Recurso electrónico disponible: <http://www.uv.es/reccrim12/reccrim12a01.pdf>

MASSO GARROTE, M.F., “El nuevo régimen de extranjería”, Madrid, 2001.

MAZA MARTÍN, A. *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*: Ignacio Serrano Butragueño (Coord.). Granada: Comares, 1998.

MELON MUÑOZ, A. “La expulsión del territorio nacional en el ámbito de la extranjería”, *Manuales de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial*, año 2006.

MIR PUIG, S.: *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, 2011.

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

MONCLUS MASO, M. “La expulsión del extranjero como pena encubierta”. *Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. Universidad de Barcelona, nº 94, 1 de agosto de 2001.

MONCLUS MASO, M. “*La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*”. Barcelona (Editores del Puerto) 2008.

MORALES GARCIA , O. Direct. Código Penal con jurisprudencia. Aranzadi 2015.

MORILLAS CUEVA, L. Direct. Estudios sobre el Código Penal reformado. Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015. Dykinson S.L. . 2015.

MOYA ESCUDERO, M. "La expulsión de extranjeros del territorio nacional: dudosa garantía de los derechos fundamentales", *La Ley* n.º 1370, de 17 de enero de 1986.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal Parte General*, Valencia, 2010.

MUÑOZ LORENTE, J. *La nueva configuración del principio non bis in idem*, Madrid, 2001, *Passim*.

MUÑOZ LORENTE, J. “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el art. 89 del CP tras su reforma por L.O. 11/2003”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 2, 2004.

MUÑOZ RUIZ, J. “La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología: (RECPC) nº 16-05, 2004*.

NARVAEZ RODRIGUEZ, A. “Las medidas de seguridad”. *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, III-1999.

NAVARRO CARDOSO, F. “Expulsión penal de extranjeros: Una simbiosis de derecho penal simbólico y derecho penal del enemigo”. *Revista de Derecho penal y Criminología* nº 17, 2006.

NISTAL BURON, J. “El alcance en materia de expulsión judicial de la proyectada reforma del C.P.” *Diario La Ley*, nº 8207, Sección Tribuna, 9-12-13, Año XXX. La Ley.

ONTIVEROS VALERA, F. “El extranjero autor de infracciones penales”. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. II-2001.

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

ORTS BERENGUER, E. y otros: “Seguridad y Ciencias Policiales, Últimas reformas penales sustantivas y procesales.” Ed. Alfa Delta Digital 2005.

ORTS BERENGUER, E. y GONZALEZ CUSSAC, J.L. Compendio de Derecho Penal Parte General, 2ª Edición actualizada conforme a la L.O. 5/2010. Valencia, 2010.

PACHECO, J.F. El Código Penal Concordado y Comentado .Editorial EDISOFER SL MADRID 2000.

PALOMO DEL ARCO, A. “La expulsión de extranjeros en el proceso penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 5/1999, CGPJ.

PALOMO DEL ARCO, A. “Criminalidad organizada e inmigración ilegal”. *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, 2/2001. CGPJ.

PALOMO DEL ARCO, A. “La expulsión de extranjeros en el proceso penal”. *El extranjero en el Derecho español sustantivo y procesal. (Adaptado a la Nueva Ley de Orgánica 4/2000)*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

PAZ RUBIO, J.M. Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional”. *La Ley Penal*, nº 10, noviembre 2004.

PERIS RIERA, J. y MADRID CONESA. Comentarios al Código Penal (dirigidos por COBO DEL ROSAL, M.). Tomo III EDERSA 2000.

PORTILLA CONTRERAS, G. El derecho de práctica ilegal de detención por funcionario público, Edersa, Madrid, 1980.

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

PORTILLA CONTRERAS, G. “El derecho penal ante la nueva representación totalitaria de la soberanía nacional: la inmigración ilegal.” *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*. Direc. P. Falardo Cabana, coord.. L. M^a Puente Aba y E. M^a Souto García. Tirant lo Blanch. Valencia 2007.

POZA CISNEROS, M. “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en penados y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996.

PRAT WESTERLINDH, C. *Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Madrid (Dykinson) 2004.

PRATS CANUT, J.M. *Comentarios al Nuevo Código Penal: Gonzalo Quintero Olivares* (dir.). Pamplona: Aranzadi, 1996.

PUENTE SEGURA, L. “Suspensión y sustitución de las penas”, La Ley 2009.

QUESADA POLO, S. *La expulsión de los extranjeros y el respeto de la vida privada y familiar en la Jurisprudencia de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cuadernos de Derecho Judicial número XXII, Consejo General del Poder Judicial, 1996.

QUINTERO OLIVARES, G. (Coordinador) *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*. Aranzadi 2015.

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

RIOS MARTIN, J.C. *Manual de ejecución penitenciaria: defenderse desde la cárcel*. Ed. Colex, 2001.

RIVACOBBA y RIVACOBBA, M. "Consideraciones críticas de carácter general acerca del nuevo Código Penal de España", 1995, Boletín Oficial de Ministerio de Justicia, nº 1.778.

RODRIGUEZ CANDELA, J.L. “Las expulsiones con intervención judicial en la Ley de Extranjería”. *Cuadernos jurídicos*, nº 28, 1995.

RODRÍGUEZ CANDELA, J.L. “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”. En *Revista Jueces para la democracia*, nº 33, 1998.

RODRÍGUEZ CANDELA, J.L. “Centros de internamientos de extranjeros” en CEREZO DOMINGUEZ, A.I., GARCIA ESPAÑA, E. *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, Granada (Comares) 2007.

RODRÍGUEZ MESA, M.J. “La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica”, en VV.AA. *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.) *Código penal (concordado y comentado con jurisprudencia) y leyes penales especiales y complementarias*, 4ª edición, La Ley, Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ-RAMOS LADAIRA, G. “Comentario al artículo 89 del Código Penal”, en Rodríguez-Ramos, L. (dir.), Martínez Guerra, A. (coordª), *Código Penal Comentado*, Madrid, 2010.

ROIG TORRES, M. «La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor», en *Revista Penal*, nº 33, 2014.

ROIG TORRES, M. “La expulsión de los extranjeros en el proyecto de reforma del código penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH. . Unas notas sobre el derecho británico”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV (2014).

ROMA VALDES, A. Direct. *Código Penal Comentado*. Bosch 2015.

RUIZ LEGAZPI, A. *La expulsión de menores extranjeros Límites constitucionales*. Centro de estudios políticos y constitucionales. 2011.

RUIZ RODRIGUEZ, L.R. “Pena de prisión y extranjeros. Principios de igualdad y resocialización”, en *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. 2006.

SAINZ GUERRA, J. *La evolución del derecho penal en España*. Universidad de Jaén 1ª Edición. Marzo 2004.

SÁINZ CANTERO, JOSE A. “La sustitución de la pena de privación de libertad”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. II (1978): La reforma penitenciaria. Cursos e Congresos nº 12. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela.

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

SANCHEZ MELGAR, J. (Coord.) *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*. 2ª Edición. Sepín Editorial Jurídica. Madrid 2006.

SANCHEZ TOMAS, J.M. “Garantismo e insumisión judicial en la expulsión penal de extranjeros”, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II*, Madrid (Edisofer) 2008.

SÁNCHEZ YLLERA, I. en *Comentarios al Código Penal de 1995*, ed. dirigida por VIVES ANTÓN, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

SANTOLAYA MACHETTI, P. en *Derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Colección Novedades de Derecho Público, número 6. Valencia., Tirant lo Blanch, Institut Dret Público, enero, 2004

SALCEDO VELASCO, A. "La refundición de condenas. Acumulación de penas" en *La ejecución de la sentencia penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1994.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I. Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia): Serrano Butragueño, I. (coord.). Granada: Comares, 1998.

SERRANO PASCUAL, M. Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español. Madrid: Trivium, 1999.

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

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J. "El Juez en la ejecución de las penas privativas de libertad", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7-11, 2005.

TELLEZ AGUILERA, A. "La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia", en *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 5837, 2003.

TERRADILLOS BASOCO, J. M^a. "Extranjería, inmigración y sistema penal, en Rodríguez Mesa, M^a. J. y Ruiz Rodríguez, L. R. (coords.), *Inmigración y sistema penal*, Valencia, 2006.

TERRADILLOS BASOCO, J. M^a. "Inmigración, mafias y sistema penal", en Ruiz Rodríguez, L. R. (coord.), *Sistema Penal y Exclusión de Extranjeros*, Barcelona, 2006.

TERRADILLOS BASOCO, J. M^a. "Política europea de inmigración" en *Libro Homenaje a la profesora Díaz Pita*, 2008.

TERRADILLOS BASOCO, J. M^a. “Reflexiones y propuestas de inmigración. En torno al Proyecto de Reforma del Código Penal de 2009”. Indret, enero 2010.

TERRADILLOS BASOCO, J.M^a. en ALVAREZ GARCIA, FRANCISCO J. y GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Directores): *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del código Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia 2010.

TERRADILLOS BASOCO, J.M^a., BOZA MARTINEZ, D. “La expulsión del extranjero: art. 88 C.P. Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012. Direc. F.J. Álvarez García, coord. J. Dopico Gómez –Aller. Tirant lo Blanch. Valencia 2013.

THOMAS ANDREU, G. “La intervención del juez penal en el internamiento preventivo del extranjero. La autorización judicial para expulsar extranjeros encartados en determinados delitos y la expulsión como sustitutiva del cumplimiento de penas impuestas en sentencia firmes”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 37/1994, CGPJ.

TOMAS Y VALIENTE, F. Manual de Historia del Derecho español. 4º edición Tecnos Madrid 1983.

TOME GARCIA, J. A. “*Intervención del Juez Penal en la expulsión de extranjeros*”. Madrid (Calex), 2006.

TORRES FERNANDEZ, M. E. “La expulsión de extranjeros en el Derecho Penal”, Madrid, La Ley, 2012.

UBEDA DE LOS COBOS, J.J. “El extranjero sin residencia legal en España condenado a una pena de prisión. Especial referencia al art. 89 del C.P.” *Colección de Cuadernos Digitales de Formación*. 2008.

VAZQUEZ IRUZUBIETA, C. Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio. Atelier 2010.

VAZQUEZ IRUZUBIETA, C. Código Penal comentado. Actualizado por las Leyes orgánicas 1/2015 de 30 de marzo y 2/2015 de 30 de marzo. Atelier 2015.

VELÁZQUEZ VIOQUE, D. “Expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España”, en Ortiz de Urbina GIMENO, I. (coord.), *Memento Experto Reforma Penal 2010*, Madrid, 2010.

VIDAL FUEYO, M^a del C. “Políticas públicas e inmigración”, AA VV: *Crisis e Inmigración*. Tirant lo Blanch. Valencia 2012.

VIDAL FUEYO, M^a del C. “El proceso de integración de los inmigrantes en Europa: de la convivencia de culturas al contrato de integración”. *Revista de Estudios Europeos* . Universidad de Valladolid , 2012.

VILLAR FUERTS, I. M^a. “Motivos graves de orden público, una excepción a la protección reforzada contra la expulsión de ciudadanos comunitarios con diez años de residencia en el Estado de acogida” ([www.ual.es/revistas/Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia](http://www.ual.es/revistas/Revista_Internacional_de_Doctrina_y_Jurisprudencia)), vol. 4, dic. 2013.

VILLAVERDE MENEDEZ, A. I. “El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado”, en PRENSO LINERA, M.A. (coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2004.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. “Seguridad ciudadana y Estado social de derecho”, *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Tirant lo Blanch . Valencia, 2004.

