

LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS DEL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL: ANÁLISIS JURÍDICO PENAL Y CRIMINOLÓGICO

Patricia A. Martín Escribano

Per citar o enllaçar aquest document:

Para citar o enlazar este documento:

Use this url to cite or link to this publication:

<http://hdl.handle.net/10803/361400>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



TESIS DOCTORAL

**LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS DEL ARTÍCULO 89
DEL CÓDIGO PENAL: ANÁLISIS JURÍDICO PENAL Y
CRIMINOLÓGICO**

PATRICIA A. MARTÍN ESCRIBANO

2015



TESIS DOCTORAL

**LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS DEL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL:
ANÁLISIS JURÍDICO PENAL Y CRIMINOLÓGICO.**

PATRICIA A. MARTÍN ESCRIBANO

2015

**PROGRAMA OFICIAL DE DOCTORADO EN 'TURISMO, DERECHO Y
EMPRESA'.**

DIRIGIDA POR: Dr. DANIEL VARONA GÓMEZ

Memoria presentada para optar al título de Doctora por la Universitat de Girona

*Adéu, germans; adéu-siau, mon pare,
no us veuré més!
Ob, si al fossar on jau ma dolça mare
jo el llit tingué!
Ob mariners, el vent que me'n desterra,
que em fa sofrir!
Estic malalt, mes ai!, torneu-me a terra,
que hi vull morir!*

Jacint Verdaguer, L'Emigrant.

ABREVIATURAS

Art. / Arts.	Artículo/ Artículos.
AP	Audiencia Provincial.
AAP	Auto Audiencia Provincial.
ATC	Auto Tribunal Constitucional.
ATS	Auto Tribunal Supremo.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil.
CE	Constitución Española.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CIE	Centro de internamiento de extranjeros.
CIEs	Centros de internamiento de extranjeros.
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
DA 17ª	Disposición Adicional 17ª 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.
DGIP	Dirección General de Instituciones Penitenciarias.
DGSP	Dirección General de Servicios Penitenciarios.
FGE	Fiscalía General del Estado.
FPM	Fiscalía provincial de Madrid.
GPPJSP	Gabinete de prensa y protocolo de la Jefatura Superior de Policía.
INE	Instituto Nacional de Estadística.
LECrim	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO	Ley Orgánica.
LO 8/2000	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 social.
LO 11/2003	Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.
LO 19/2003	Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LO 5/2010	Ley Orgánica 5/2010, de 22 de julio, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal.
LO 1/2015	Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal.
LOE	Ley Orgánica 7/1995, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.
LOEx	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y su integración social.
LOGP	Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LORPM	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de Responsabilidad Penal de los Menores.
MFAPB	Memoria de la Fiscalía provincial de Barcelona.
Pág. / Págs.	Página/ Páginas.
REx	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

RP	Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.
RPSPIM	Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.
ST/ SST	Sentencia/ Sentencias.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
SAP	Sentencia Audiencia Provincial.
SSAP	Sentencias Audiencia Provincial.
SSTEDH	Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo.
UCRIF	Grupo de Expulsiones y Documentación del Cuerpo Nacional de Policía.
UE	Unión Europea.
Vid.	Véase.

ÍNDICE

ÍNDICE DE TABLAS	V
ÍNDICE DE GRÁFICOS.....	V
RESUMEN	VII
RESUM.....	IX
ABSTRACT	XI

INTRODUCCIÓN.....	1
--------------------------	----------

CAPÍTULO I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN DERECHO PENAL. EL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL.

Introducción.....	5
1. La inclusión de la expulsión en el Derecho Penal: contexto socio-jurídico y político	7
2. Evolución legislativa.....	11
3. La expulsión Penal.....	25
3.1. Finalidad de la expulsión en el Derecho Penal.	25
3.2. Naturaleza Jurídica.	30
3.3. Presupuestos subjetivos.....	35
a) Sujetos a los que les es de aplicación el art. 89 del CP.	35
b) Momento de verificación de la irregularidad.	41

3.4	Presupuestos objetivos.	43
	a) Penas susceptibles de la aplicación de la expulsión.	43
	b) Delitos a los que no se puede aplicar la expulsión.	49
3.5	Carácter preceptivo o discrecional.	50
3.6	Supuestos en que no se procede a la sustitución por expulsión.	60
3.7	Efectos de la expulsión.	62
3.8	El incumplimiento de la prohibición de regreso.	66
4.	Cuestiones procedimentales.	71
5.	La reforma de la expulsión penal por la LO 1/2015. Breve análisis.	74
6.	El régimen transitorio de la aplicación de la expulsión penal tras la Ley Orgánica 1/2015.	83
7.	Reflexión final.	89

CAPÍTULO II. INVESTIGACIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL EN CATALUÑA

	Introducción.	91
1.	Marco teórico de la investigación.	92
2.	Metodología.	97
	2.1. Primera parte. Análisis cuantitativo.	97
	2.2 Segunda parte. Análisis cualitativo.	101
3.	El recorrido procedimental de la expulsión del art. 89 del CP.	102
	3.1. La expulsión penal del art. 89.1 del CP (sustitución íntegra).	103
	3.2 La expulsión penal del art. 89.5 del CP (sustitución parcial).	107
4.	Resultados	108
	4.1. Consideraciones generales sobre los expedientes analizados.	108
	4.2. Resultados sobre la aplicación de la medida de expulsión del art. 89 del CP en los juzgados de Barcelona.	110
	a) Aspectos personales, procesales y penales de los extranjeros.	110
	b) La fase de juicio oral.	117

c) Los recursos ante la Audiencia provincial.....	136
d) La fase de ejecución.	139
e) Proceso de materialización de la expulsión penal.....	151
5. Perfil de la extranjera y del extranjero.	160
5.1 Perfil de la mujer extranjera condenada al art. 89 del CP.....	161
5.2. Perfil del extranjero expulsado por el art. 89 del CP.....	164
5.3. Perfil del extranjero cumpliendo la pena originaria.....	168
5.4. Perfil del extranjero sobre quién se acuerda la suspensión de la condena.	173
6. Reflexión final.....	178

CAPÍTULO III. JUICIO CRÍTICO SOBRE LA EXPULSIÓN DEL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL.

Introducción.....	181
1. Problemas penales: la expulsión como modalidad de sanción diferenciada.	182
1.2. La posición de la jurisprudencia ante la ambivalencia de la expulsión penal.....	189
2. Principios rectores del Derecho Penal y del procedimiento.	192
2.1. El principio de igualdad.....	192
2.2. El Principio de <i>non bis in ídem</i>	195
2.3. El principio de proporcionalidad.....	197
2.4. El principio de contradicción: la previa audiencia del acusado.	200
3. La expulsión penal y los fines de la pena.	204
4. La expulsión penal desde la perspectiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Estrasburgo.	208
5. La aplicación de la expulsión: ¿se solventan o se confirman los problemas penales y procedimentales?	215
6. Futuro de la expulsión penal a tenor de la LO 1/2015.....	222
6.1. Aciertos y desencuentros del art. 89 del CP tras la reforma operada por la LO 1/2015.....	223

6.2. Posibles criterios de aplicación de la expulsión sustitutiva tras la reforma operada por la LO 1/2015.	230
7. Reflexión final.....	234
CONCLUSIONES.....	237
BIBLIOGRAFÍA.....	243
ANEXOS.....	271

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla I. Evolución legislativa de la expulsión penal de extranjeros.....	24
Tabla II. Número de extranjeros en las prisiones estatales. Periodo 2003- 2015.....	27
Tabla III. Número de extranjeros en las prisiones catalanas. Periodo 2003-2014.....	28
Tabla IV. Materializaciones de la expulsión sustitutiva en Cataluña (2010- 2012).....	99
Tabla V. Distribución por año y juzgado de los expedientes de expulsión.....	109
Tabla VI. Perfil de la mujer condenada al art. 89 del CP.....	162
Tabla VII. Perfil del extranjero expulsado.....	168
Tabla VIII. Perfil del extranjero cumpliendo la pena originaria.....	173
Tabla IX. Perfil del extranjero cumpliendo la suspensión de la condena.....	177
Tabla X. Número de extranjeros en las prisiones estatales. Periodo 2003- 2015.....	225

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico I. Materializaciones en relación a las sentencias (art. 89 del CP).....	95
Gráfico II. La conformidad en relación con otras variables de la investigación.....	121
Gráfico III. Valoración del arraigo y aportación de documentación.....	129
Gráfico IV. Delitos cometidos.....	131
Gráfico V. Condena impuesta.....	132
Gráfico VI. Plazo de no regreso.....	134
Gráfico VII. Resolución del auto.....	146
Gráfico VIII. Acuerdo de la expulsión sustitutiva.....	151
Gráfico IX. Cumplimiento final.....	160

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar, desde un punto de vista jurídico y criminológico, la medida contenida en el artículo 89 del Código Penal según la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Dicha medida, la expulsión sustitutiva, está contemplada como respuesta para aquellos supuestos en que una persona extranjera en situación de irregularidad haya sido condenada a una pena privativa de libertad.

La premisa de partida de este trabajo y de la investigación llevada a cabo es la siguiente cuestión: al ser la expulsión un instrumento de la legislación administrativa al servicio del control de los flujos migratorios, ¿la introducción de dicha medida en el sistema penal -cuyas finalidades son distintas-, va a producir fricciones con los principios que rigen tanto el Derecho penal como el Derecho procesal, o por el contrario, se adecuará como instrumento del catálogo de consecuencias del ordenamiento penal?

Con la finalidad de poder dar respuesta a este interrogante, se han analizado las cuestiones teóricas que sobre la expulsión sustitutiva -tanto la doctrina como la jurisprudencia- se han planteado; pero considerando la necesidad de analizar estas cuestiones en el plano de la práctica judicial, se ha llevado a cabo una investigación en diversos juzgados de ejecución de la ciudad de Barcelona. De los resultados obtenidos se ha podido observar que la aplicación práctica de la expulsión genera problemas que la observación teórica, por sí sola, no puede atisbar. Dichos problemas, a su vez, generan nuevas fricciones con los principios que inspiran tanto el derecho como el proceso penal.

RESUM

L'objectiu del present treball consisteix a analitzar, des d'un punt de vista jurídic i criminològic, la mesura continguda en l'article 89 del Codi Penal segons la redacció donada per la Llei Orgànica 5/2010, de 22 de juliol, per la qual es modifica la Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal. Aquesta mesura, l'expulsió substitutiva, està contemplada com a resposta per a aquells supòsits en que una persona estrangera en situació d'irregularitat hagi estat condemnada a una pena privativa de llibertat.

La premissa de partida d'aquest treball i de la recerca duta a terme és la següent qüestió: en ser l'expulsió un instrument de la legislació administrativa al servei del control dels fluxos migratoris, la introducció d'aquesta mesura en el sistema penal -les finalitats de les quals són diferents-, produeix friccions amb els principis que regeixen tant el Dret penal com el Dret processal, o per contra, s'adequarà com a instrument del catàleg de conseqüències de l'ordenament penal?

Amb la finalitat de poder donar resposta a aquest interrogant, s'han analitzat les qüestions teòriques que sobre l'expulsió substitutiva -tant la doctrina com la jurisprudència- s'han plantejat; però considerant la necessitat d'analitzar aquestes qüestions en el plànol de la pràctica judicial, s'ha dut a terme una recerca en diversos jutjats d'execució de la ciutat de Barcelona. Dels resultats obtinguts s'ha pogut observar que l'aplicació pràctica de l'expulsió genera problemes que l'observació teòrica, per si sola, no pot detectar. Aquests problemes, al seu torn, generen noves friccions amb els principis que inspiren tant el dret com el procés penal.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze, from a legal and criminological perspective, the measure contained in article 89 of the Criminal Law (Organic Law 5/2010 of 22 July, that modified the Organic Law 10/1995 of 23 November, of the Criminal Law). This measure, deportation is provided when a foreigner in an irregular situation has been convicted to prison sentence.

This work and the research carried out wonder if, taking into account that deportation is an instrument of Administrative Law to control migration's flows: its introduction in the Criminal Justice system –with different purposes- will produce divergences with criminal and procedural law principles, or otherwise, shall be adapted as an instrument of consequences of criminal law catalogue?

To reply this question, this work analyzes the theoretical issues that deportation by substitution has raised. Moreover, considering the need to analyze them in terms of judicial practice, a research has been carried out in different courts of Barcelona. This research permitted to observe that application of deportation create problems that theoretical observation itself could not detect. These problems, at the time, generate new conflicts with principles underlying both the law and the criminal process.

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar, desde un punto de vista jurídico y criminológico, la medida contenida en el artículo 89 del Código Penal según la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Dicha medida, la expulsión sustitutiva, está contemplada como respuesta para aquellos supuestos en que una persona extranjera en situación de irregularidad haya sido condenada a una pena privativa de libertad.

La expulsión tiene su origen en el derecho administrativo, como sanción ante la permanencia irregular en el Estado español. La inclusión de la medida en el ordenamiento penal se produjo en el año 1995 con la promulgación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal. Desde que se incorporara al ordenamiento penal, el precepto ha sufrido notables modificaciones, siendo la última la 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 Penal.

La premisa de partida de este trabajo y de la investigación llevada a cabo es la siguiente cuestión: al ser la expulsión un instrumento de la legislación administrativa al servicio del control de los flujos migratorios, ¿la introducción de dicha medida en el sistema penal -cuyas finalidades son distintas-, va a producir fricciones con los principios que rigen tanto el Derecho penal como el Derecho procesal, o por el contrario, se adecuará como instrumento del catálogo de consecuencias del ordenamiento penal?

Responder a esta cuestión, puede resultar factible en el plano teórico, dada la abundancia tanto de bibliografía cuanto de jurisprudencia que atañen al artículo 89 del Código Penal. Pero no lo es tanto si la cuestión se traslada al ámbito de la práctica judicial. Desde la perspectiva teórica se puede disponer de intuiciones acerca de cómo se interrelacionan los principios del ordenamiento jurídico y las actuaciones tanto de los órganos judiciales como de los demás operadores jurídicos encargados de la materialización de la medida, pero a la postre son sólo eso: intuiciones.

Por ello, desde el planteamiento inicial del presente trabajo, si bien se consideró ineludible la necesidad de exponer los planteamientos teóricos en torno a la expulsión sustitutiva, se apreció no menos necesario complementar dicha exposición con un análisis en el plano práctico. En otras palabras, aunque la base del análisis del artículo 89 del Código Penal se encuentra, sin duda, en la bibliografía y la jurisprudencia existentes, las conclusiones que de ellas se extraigan deben ser trasladadas y analizadas en el plano práctico, ya que de otra manera sólo se ofrecería una visión parcial del objeto de estudio.

Lo que inicialmente se planteaba como un complemento necesario, devino, con la realización de la investigación en diversos juzgados de ejecución de la ciudad de Barcelona, el tronco central del trabajo, puesto que a partir de dicho trabajo, se pudo observar que la aplicación práctica de la expulsión genera problemas que la observación teórica, por sí sola, no puede atisbar. Dichos problemas, a su vez, generan nuevas fricciones con los principios que inspiran tanto el derecho como el proceso penal.

El presente trabajo, por todo ello, se estructura en tres capítulos, en los cuales se desarrollan los tres planos expuestos anteriormente.

El primer Capítulo, que lleva por título **‘La expulsión de extranjeros en Derecho Penal: el artículo 89 del Código Penal’** ofrece, en primer lugar, un breve recorrido sobre la política migratoria y la expulsión de extranjeros hasta su introducción como consecuencia jurídico-penal; y por otra parte el recorrido legislativo que ha sufrido la expulsión, desde la aprobación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España, hasta la actualidad.

En segundo lugar, se realiza un análisis jurídico de la medida, comenzando por las posibles finalidades que se plantean para justificar su inclusión en el catálogo de consecuencias jurídicas del delito, para, a continuación, abordar el estudio de la naturaleza jurídica y de los presupuestos subjetivos y objetivos de la medida. En tercer lugar, se analizan las cuestiones procedimentales y las características asociadas a su aplicación exponiendo las diferentes posiciones doctrinales existentes en torno a la medida.

En el segundo capítulo, que lleva por título '**Investigación sobre la aplicación del artículo 89 del Código Penal en Cataluña**' se analizan, desde una perspectiva criminológica, diversas cuestiones que suscita la praxis judicial en el procedimiento de aplicación del artículo 89 del Código Penal, para lo cual, se realizó una investigación en los juzgados de lo penal de Barcelona encargados de la ejecución, entre otras, de la expulsión sustitutiva.

El capítulo se estructura en tres partes. En primer lugar, se exponen el marco teórico y la metodología empleada. En segundo lugar, se presentan los resultados de la investigación, que abordan el recorrido procedimental la expulsión sustitutiva desde que se acuerda por parte del órgano judicial hasta su posible materialización efectiva. En tercer lugar, se delimita el perfil del extranjero que se enfrenta al procedimiento de expulsión.

El tercer y último capítulo, denominado '**Juicio crítico sobre la expulsión del artículo 89 del Código Penal**', se dedica a exponer una valoración jurídica y criminológica de las consecuencias y problemas que plantea la expulsión sustitutiva como consecuencia jurídica del ordenamiento penal. Para ello, en primer lugar, se exponen los principales problemas que la medida suscita en el ámbito del derecho penal y procesal. En segundo lugar, y tomando como referencia los resultados de la investigación se pretende discernir si dichos problemas son solventados o por el contrario se agravan en la praxis judicial.

Durante la fase de redacción del presente trabajo, el 1 de julio de 2015, entró en vigor la última reforma del art. 89 del CP. Esta circunstancia ha obligado a actualizar algunos de los presupuestos contenidos en el trabajo. Por ello, se incluye, en el primer capítulo, un breve análisis de la medida del artículo 89 del Código Penal bajo el prisma de la redacción actualmente vigente. En segundo lugar, se analiza el régimen transitorio de la Circular 3/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre la aplicación de la expulsión por ser, al cierre de este trabajo, la única fuente interpretativa publicada. Por último, en el tercer capítulo se exponen, desde la perspectiva de los resultados de la investigación, los posibles aciertos y desencuentros de la actual regulación de la expulsión en el artículo 89 del Código Penal.

CAPÍTULO I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN DERECHO PENAL. EL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL.

Introducción

La expulsión penal del territorio nacional está regulada en los artículos 89 y 108 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹ (en adelante CP) como alternativa al cumplimiento de determinadas penas y medidas de seguridad, en los supuestos de que la condena haya recaído sobre un extranjero cuya situación administrativa sea de irregularidad.

Mientras el artículo 89 del CP regula la expulsión como sustitutiva de penas privativas de libertad en dos modalidades de ejecución (sustitución íntegra y sustitución parcial de la condena), el artículo 108 del CP recurre a la misma como alternativa a la ejecución de las medidas de seguridad.

El presente capítulo tiene por objeto analizar el régimen jurídico de la consecuencia penal establecida en el art. 89 del CP tanto en la modalidad de sustitución íntegra (art. 89.1 del CP), como en la modalidad de sustitución parcial (art. 89.5 del CP).

Si bien la alternativa al cumplimiento de las medidas de seguridad regulada en el art. 108 del CP es un tipo de expulsión penal, en el desarrollo de este trabajo se utilizará el término ‘expulsión penal’ para referirse única y exclusivamente a la alternativa a la ejecución de las penas privativas de libertad contemplada en el art. 89 del CP. De igual forma, se hará uso del término ‘medida’ para referirse a la expulsión penal, en atención a que existen diferentes posturas en torno a cuál es su naturaleza jurídica².

Antes de abordar el análisis jurídico del art. 89 del CP se realizará un breve recorrido sobre la política migratoria y la expulsión hasta su inclusión en el ordenamiento penal, así como el recorrido legislativo que ha sufrido la expulsión penal desde la aprobación

¹ Publicado en: «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, páginas 33987 a 34058 (72 págs.).

² La expulsión de extranjeros como medida sustitutiva de medidas de seguridad, está regulada en el art. 96.3.2^a que establece: ‘la expulsión del territorio nacional, de extranjeros no residentes legalmente en España’ desarrollándose su contenido en el art. 108 del CP, en los términos fijados por el art. 1.4 de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, sin modificación alguna posterior, tanto por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, como por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España³ (en adelante LOE) hasta la actualidad, efectuando un breve apunte sobre la modificación contemplada en el Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, con entrada en vigor el 1 de julio de 2015⁴ (en adelante LO 1/2015)

³ Publicado en: «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 1985, páginas 20824 a 20829 (6 págs.).

⁴ Publicado en: «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27061 a 27176 (116 págs.).

1. La inclusión de la expulsión en el Derecho Penal: contexto socio-jurídico y político ⁵

España, junto con otros países del sur de Europa –Italia, Grecia, Portugal- se ha caracterizado por ser un país tradicionalmente emigratorio. Esta tendencia de flujo se invierte a finales de los años 70, convirtiéndose España en un país receptor de inmigración⁶, como una respuesta económica y social en muchos casos desesperada (Monclús Maso 2001: 1; Martínez Escamilla 2007: 18)⁷. En ese mismo momento, en los países de la Comunidad Europea, preocupados más que por la libertad e igualdad de los individuos por la protección de sus ciudadanos, se empieza a gestar la política de ‘cierre de fronteras’, (Monclús Maso 2001: 1, Silveira Gorski 2003: 540; Pérez Camarés 2012: 145ss.)⁸. Esta política de ‘inmigración cero’ (Gil Araujo 2005: 113), no se llega a materializar como consecuencia del auge económico de esos años y del envejecimiento de la población, lo que se traduce en entrada de extranjeros durante varias décadas⁹,

⁵ Para un análisis más exhaustivo *vid.* GARCÍA ESPAÑA (2001: 28- 57), MONCLÚS MASO, 2001, GARCÍA ESPAÑA (2007: 153- 178).

⁶ GARCÍA ESPAÑA (2001: 29) expone que este cambio de tendencia migratoria es producto, en el caso español, de una serie de hechos que empiezan a converger a finales de los años 70. En primer lugar, la situación política española está en transición hacia la democracia, en segundo lugar, se produce un cambio de política migratoria que facilita el regreso de los emigrantes, y en tercer lugar, no es hasta el año 1985, cuando se define una política de fronteras, lo que condujo a que España se convirtiese en uno de los países preferidos para muchos inmigrantes.

⁷ GARCÍA ESPAÑA (2001: 29) recoge que la implantación de dictaduras en muchos de los países ‘del cono sur’, junto con políticas restrictivas de los tradicionales países receptores de inmigración a consecuencia del nuevo modelo de valorización del capital, sitúa a España en uno de los principales países receptores de inmigración.

⁸ Un análisis más exhaustivo sobre los mecanismos de control de la inmigración irregular en la Unión Europea *vid.* CHUECA SANCHO, 2007; OLESTI RAYO, 2010; MARTÍN ARRIBAS, 2013.

En la actualidad, uno de los instrumentos legislativos de la política migratoria de la Unión Europea es la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE L 348, de 24 de diciembre de 2008, págs. 98-107). La Directiva tal y como se recoge en su preámbulo es: ‘un conjunto mínimo de garantías jurídicas respecto a las decisiones relativas al retorno, aplicables a todos los nacionales de terceros países que no cumplan o hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, permanencia o residencia en un Estado miembro’.

Sobre la Directiva desde una perspectiva crítica *vid.* PAVÓN PÉREZ, 2008; FAJARDO DEL CASTILLO, 2009; RODRÍGUEZ PIÑERO, 2010; GONZÁLEZ SAQUERO, 2011; IGLESIAS SÁNCHEZ, 2012; TERRÁEZ SALOM, 2012; FERNÁNDEZ PÉREZ, 2014

⁹ En los años 60 el número de residentes extranjeros en España era de aproximadamente 50.000, pasado en el año 1995 a 500.000, lo que supone un incremento de 1000% (GARCÍA ESPAÑA, 2001: 31). Desde el año 1998 al año 2008 se produce un incremento de la tasa de inmigrantes en torno al 520% (MUÑOZ RUIZ, 2014: 2). Desde 2008 al primer semestre de 2014, se produce un descenso de la población extranjera del 26%. En la actualidad, residen en España 4.538.503 extranjeros, lo que supone aproximadamente el 10% del total de la población. Datos obtenidos Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es) con fecha 18/04/2015).

convirtiendo a España en un atractivo destino económico y laboral (Miro Linares 2008: 2-5; Muñoz Ruiz 2014: 2).

El proceso inmigratorio, en el caso español, se caracteriza por una serie de particularidades: por un lado, la mutación de ser un país emigrante a ser un país receptor de inmigración, y la llegada masiva de extranjeros producida en un breve periodo de tiempo, inferior a una generación; por otro lado, la situación geográfica en el extremo sur de Europa, que convierte al Estado español en una de las principales entradas a la Unión Europea (González 2003: 19; Cancio Meliá 2007: 2).

Por ende, la inmigración fuerza al Estado español a ser diligente en el tratamiento de la delincuencia, ya que la importancia tanto a nivel cualitativo como cuantitativo de este fenómeno es fundamental para evitar potenciales peligros -racismo, xenofobia, marginalidad, delincuencia-, y para que se pueda avanzar hacia la racionalización e igualdad de derechos (Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) 2006: 2).

Si bien la primera ley que regula el tratamiento de la extranjería es del año 1985, se puede afirmar que el régimen jurídico administrativo de extranjería se estabiliza con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España, y su integración social¹⁰ (en adelante LOEx) y con su desarrollo por el Nuevo Reglamento de Extranjería, aprobado mediante Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009¹¹ (en adelante REx)¹². Aun así, lo cierto es que a día de hoy quedan muchas cuestiones pendientes y que necesitan ser desarrolladas¹³, además de no haberse conseguido los fines disuasorios perseguidos (Muñoz Ruiz 2014: 4).

¹⁰ Publicado en: «BOE» núm. 10, de 12 de enero de 2000, páginas 1139 a 1150 (12 págs.).

¹¹ Publicado en: «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 2011, páginas 43821 a 44006 (186 págs.).

¹² Un análisis más exhaustivo sobre el RD 557/2011 en MONEREO PÉREZ, 2012.

¹³ La FGE establece en su memoria del año 2013: ‘concretamente: la elaboración de un reglamento específico que de manera definitiva regule el régimen de internamiento de los extranjeros sometidos a expedientes de devolución o expulsión según las exigencias establecidas por la Disposición Adicional tercera de la Ley orgánica 2/2009, de 11 de diciembre’ (FGE 2013: 338).

En síntesis, la política de extranjería se ha caracterizado por la ordenación de los flujos migratorios, principalmente de carácter laboral, optando el Estado español por un perfil de extranjero al que necesita y al que reconoce el ejercicio del conjunto de derechos siempre y cuando se encuentre en una situación de regularidad administrativa¹⁴

Ello lleva, en contrapartida, a la marginalización y la exclusión social de los extranjeros ‘sin papeles’ como si fueran enemigos de la sociedad (García España 2007: 154; Muñoz Ruiz 2014: 4). La implementación de políticas restrictivas ha producido el efecto contrario al pretendido, creando irregularidad y agravando el entorno de vulnerabilidad de los inmigrantes (Martínez Escamilla 2007: 29, Silveira Gorski 2003: 541ss.). La respuesta legislativa española ha consistido en no posibilitar el establecimiento del extranjero irregular, facilitando su expulsión del territorio. Esta respuesta está basada en el miedo ante la delincuencia de este colectivo.

La escasa efectividad del derecho administrativo en el control selectivo de la extranjería, ha generado la necesidad de utilizar otros medios y específicamente el derecho penal (Rodríguez Yagüe 2011: 2). El sometimiento del control de los flujos migratorios al Derecho Penal conlleva ciertos riesgos, entre ellos, la subordinación a los avatares de la coyuntura política (Muñoz Ruiz 2014: 4), lo que se traduce, en políticas penales carentes de la necesaria meditación y serenidad (Navarro Cardoso 2006a: 158). Prueba de ello es la explotación populista del binomio inmigrante-delincuencia (Daunis Rodríguez 2008: 120) para implementar políticas de tolerancia cero (Navarro Cardoso 2006b: 225; Terradillos Basoco 2007: 267)¹⁵. Considerar al extranjero como un riesgo –un enemigo– al que es necesario neutralizar a través de la inocuización (Terradillos Basoco 2006: 63-65)¹⁶ justifica la subordinación del derecho penal al derecho administrativo para el control de los flujos migratorios, desde el inicio del proceso migratorio –favorecimiento

¹⁴ *Vid.* GARCÍA ESPAÑA (2002a: 146); TERRADILLOS BASOCO (2006: 45ss.); GARCÍA ESPAÑA (2007: 154) RODRÍGUEZ YAGÜE (2011: 2).

¹⁵ Para un análisis más exhaustivo sobre el binomio inmigración-delincuencia y las políticas criminales acaecidas en los últimos años en torno a la inmigración véase MAQUEDA ABREU, 2004; NAVARRO CARDOSO, 2006b; BRANDARIZ GARCÍA, 2008, 2009, 2010; BRANDARIZ GARCÍA Y FERNÁNDEZ BESSA, 2010.

¹⁶ Sobre la construcción de políticas públicas en torno al concepto de riesgo en BRANDARIZ GARCÍA, 2014.

o apoyo a la inmigración clandestina-, hasta el final del mismo, expulsando al extranjero por la comisión de un hecho delictivo (De Lucas 2003: 66).

Esta política penal de reacción contra los extranjeros administrativamente irregulares, materializada a través de la expulsión del territorio, es una política desigualitaria y desproporcionada, que resta valor a la vigencia de la norma penal, y sobre todo pone de manifiesto el desprecio a la víctima del delito y al bien jurídico protegido por el derecho (Miro Linares 2008: 21; Salinero Echevarría 2011: 106- 107).

Esta consecuencia jurídico penal ha sido catalogada por un sector de la doctrina como “derecho penal del enemigo”¹⁷ (Navarro Cardoso 2006a: 161; Cancio Meliá y Maraver Gómez 2006: 106ss; Brandariz García 2013: 256), sembrando la duda sobre la constitucionalidad de la medida de expulsión penal. Sobre este aspecto, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha manifestado la necesidad de motivar la aplicación de la expulsión penal, realizando una ponderación de los intereses que están en juego (ATC 106/ 1997, de 17 de abril, STC 242/1994, de 20 de julio)¹⁸.

A la dificultad de adecuar la medida de expulsión de extranjeros al ordenamiento penal, junto con las múltiples modificaciones que ha sufrido la medida en los últimos años, hay que añadir una nueva modificación que entró en vigor el 1 de julio de 2015, lo que supone que a pesar de ser una traba jurídica y social para el extranjero en situación de irregularidad, el futuro de la expulsión penal ni pasa por su desaparición, ni tampoco por una aplicación restrictiva, sino que, al contrario, no sólo se facilita su aplicación, sino que además se amplía el colectivo al que puede ser de aplicación.

En este contexto, una vez más, el legislador hace caso omiso a las voces que solicitaban la desaparición de esta institución penal, y la LO 1/2015 sigue apostando por ‘una fórmula muy criticada por su descarnado pragmatismo, así como, por su discutible

¹⁷ Para un análisis más exhaustivo sobre el concepto de ‘Derecho penal del enemigo’ *vid.* NAVARRO CARDOSO (2004: 1321-1348), CANCIO MELIÁ Y MARAVER GÓMEZ (2005: 401-415); JAKOBS y CANCIO MELIÁ, 2006; MANTOVANI, 2008; BRANDARIZ, 2013.

¹⁸ Para la determinación exacta de la jurisprudencia estatal utilizada en el presente trabajo se utilizará la referencia Aranzadi que se expondrá junto con toda la jurisprudencia en uno de los apartados de la bibliografía del trabajo.

limitación de garantías constitucionales’ (Orts Berenguer y González Cussac 2014: 461)¹⁹.

2. Evolución legislativa.

En 1985 se aprueba en España la LOE²⁰. Antes de esta fecha, no existía en el Estado español un cuerpo legislativo que regulara el tratamiento de los extranjeros (Martínez Escamilla 2007: 19)²¹, sino tan sólo un conjunto de decretos, circulares y disposiciones sin rango de ley²². Ese mismo año, en junio, España se incorpora a la Comunidad Europea²³ y posteriormente, en 1991, firma el acuerdo Schengen, lo que supone el comienzo del derecho ‘a la libre circulación’ de personas entre los Estados Miembros²⁴.

En este contexto, se aprueba la LOE, que regula por primera vez la expulsión administrativa de los extranjeros en situación de irregularidad y crea la institución de los centros de internamiento para extranjeros, garantizando formalmente los derechos de los extranjeros con permiso de residencia. Asimismo despoja de una serie de derechos a los irregulares, creando por primera vez las categorías de inmigrantes ‘legales’ e ‘ilegales’ (Calavita 2004: 6, Martínez Escamilla 2007: 19; Monclús Maso 2008: 379)

¹⁹ Para un análisis más exhaustivo sobre el contenido de la reforma operada por la LO 1/2015 respecto al contenido del art. 89 del CP *vid.* ‘5. La reforma de la expulsión penal por la LO 1/2015. Breve análisis’ del presente Capítulo. Págs. 73ss.

²⁰ Desarrollada por el Reglamento de Ejecución aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo y posteriormente por el Real Decreto 155/1996 de 2 de febrero. Esta Ley fue aprobada en vísperas del ingreso de España en la Comunidad Económica Europea con la finalidad de dar seguridad a los estados miembros de que España no sería un ‘coladero’ de extranjeros, ya que en esos países la inmigración se había bloqueado de manera muy restrictiva tras la crisis del petróleo de 1974. La LOE fue derogada el 1 de febrero de 2000.

²¹ En el año 1985 cuando fue aprobada la LOE el contexto respecto a la inmigración no destacaba ni por presencia mediática, ni impacto estadístico, por ello, algunos autores asocian la aprobación de dicha Ley con presiones externas provenientes de la Unión Europea. En este sentido PÉREZ CARAMÉS (2012: 161).

²² Real Decreto de 17 de noviembre de 1852; la Ley de Asilo Territorial de 4 de diciembre de 1855; la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933; la Ley de Orden Público 45/1959 de 30 de julio y el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, por el que se regula el régimen de entrada, permanencia y salida de extranjeros en España.

²³ Instrumento de Ratificación del Tratado hecho en Lisboa y Madrid el día 12 de junio de 1985, relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

²⁴ Derecho que se materializa en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea firmado en Roma en 1957 en el artículo 3, párrafo c): ‘un mercado interior caracterizado por la supresión entre los estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales’.

La LOE estableció que los extranjeros tenían reconocidos los derechos del Título I de la Constitución Española de 1978²⁵ (en adelante CE), sin hacer referencia a derechos relacionados con la dignidad humana (vida e integridad, tutela judicial, entre otros) y regulando solamente los derechos que presentaban limitaciones respecto a los españoles (derecho de sindicación y huelga, derecho a la educación, derecho de reunión, derecho de asociación y el derecho a la libre circulación por el territorio español)²⁶. Por otra parte, la LOE establecía un fuerte control para la entrada de los extranjeros, fijando un régimen muy duro de sanciones para las personas que estuvieran en situación de irregularidad (detención y privación de libertad hasta un máximo de 40 días en centros de internamiento para extranjeros (en adelante CIE) con la finalidad de asegurar la sanción de la expulsión del territorio).

La LOE fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad²⁷ resuelto por la STC 115/1987 de 7 de julio²⁸, que anuló tres de los cuatro preceptos objeto del recurso. Concretamente, se declaró inconstitucional el inciso ‘y solicitar del órgano competente su autorización’ sobre el derecho de reunión del art. 7, el art. 8.2 sobre el derecho de asociación y el inciso segundo del art. 34 de la LOE que prohibía a los jueces suspender todas las resoluciones administrativas sobre extranjería. La sentencia, además, reinterpretó el plazo de 40 días de internamiento para asegurar la expulsión, aceptando la duración de los 40 días, pero delegando la decisión última al juez, en función de las circunstancias de cada caso.

En síntesis, la LOE no era una Ley sobre los derechos y las libertades de los extranjeros, sino sobre el control de entrada y de residencia de los extranjeros y sobre las condiciones de su expulsión, es decir, una norma para el control de los flujos migratorios (Aja Fernández 2000: 22).

²⁵ Publicado en: «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424 (112 págs.).

²⁶ Para un análisis más exhaustivo sobre los derechos fundamentales de los extranjeros véase ALVAREZ-OSSORIO, 2002; TAJADURA TEJADA, 2004; ANGUELO NAVARRO Y CHUECA SANCHO, 2005; MÉNDEZ CANSECO, 2007; VIDAL FUEYO, 2009. MAESTRO BUELGA, 2010, GONZÁLEZ BEILFUSS, 2010.

²⁷ El 3 de octubre de 1985 el Defensor del Pueblo presentó un recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 7, 8, 26 y 34 de la LOE.

²⁸ La STC 115/1987, de 7 de julio, supuso un cambio en la doctrina del propio Tribunal, iniciando una línea de reconocimiento de derechos a los extranjeros que la CE parecía reservar a los españoles, coincidiendo así con la evolución de los Estados democráticos de Europa (AJA FERNÁNDEZ 2000: 24).

Centrando la atención sobre la sanción de expulsión, la LOE instauró la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional para los extranjeros extracomunitarios regulado en el art. 21.2 párrafo segundo y que decía²⁹:

‘Si el extranjero fuese 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 impuesta’.

El objetivo de esta previsión era la de no obstaculizar la política de control de los flujos migratorios, especialmente de la inmigración en búsqueda de trabajo (Asúa Batarrita 2002: 24) mediante una radical distinción entre el extranjero en situación legal y el extranjero en situación irregular, destinado casi irremediamente a la expulsión. De hecho, en la Ley prevalecía el control policial y la política sancionadora (Aja Fernández 2000: 22), ya que casi todas las infracciones podían acarrear la expulsión. Además, pese al reconocimiento del derecho a la tutela judicial, la presentación de un recurso (art. 35 LOE) en el caso de disconformidad con la sanción de expulsión debía realizarse en el país de origen una vez consumada esta.

El art. 21.2 de la LOE quedó derogado con la entrada en vigor del CP, que incorporaba en su art. 89³⁰ la misma figura, aunque con una serie de modificaciones que tenían como finalidad declarada no entorpecer la política de expulsión respecto de la inmigración irregular³¹.

²⁹ Un análisis más exhaustivo de la sanción de expulsión del art. 21.1 (párrafo segundo) de la LOE *vid.* AJA FERNÁNDEZ, 2000; ASÚA BATARRITA, 2002; FLORES MENDOZA, 2002.

³⁰ El art. 89 del CP carece de antecedentes en los anteriores Códigos Penales de 1944 y 1973. La única referencia a la expulsión del extranjero se encuentra en el art. 5 de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, si bien contemplada como medida de seguridad. Lo más parecido a la expulsión era la pena de ‘extrañamiento’ regulada en el art. 86 del CP 1944/1973 y que establecía: ‘El sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español por tiempo de la condena’. Era una pena grave reservada a delitos de carácter político y consistía en la expulsión del territorio español durante el tiempo de la condena (de 12 años y 1 día a 20 años). FLORES MENDOZA (2002: 98) establece la similitud entre la pena de extrañamiento y la expulsión.

³¹ Sobre la expulsión del territorio, en su redacción original, *vid.*: COBO DEL ROSAL, 2000; MONCLÚS MASO, 2001; ASÚA BATARRITA, 2002; FLORES MENDOZA, 2002.

El art. 89 del CP de 1995 quedó redactado de la siguiente manera:

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

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

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa.

Como puede apreciarse, el precepto en primer lugar delimita los sujetos a los que les es de aplicación: los extranjeros en situación de irregularidad³²; en segundo lugar, establece dos modalidades de expulsión, ambas reguladas en el art. 89.1 del CP: como sustitución completa de la pena privativa de libertad inferior a 6 años³³; y como sustitución una vez cumplidas las tres cuartas partes de la condena cuando la pena de prisión fuera igual o superior a 6 años; en tercer lugar, se suprime el requisito de ‘satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar’, criterio que supone el reconocimiento de que los destinatarios de la expulsión difícilmente contarán con los medios para poder proceder a tal satisfacción (Asúa Batarrita 2002: 45); en cuarto lugar, se establece una prohibición de regreso durante un plazo de 3 a 10 años que se fijará en función de la duración de la condena; y finalmente, el quebrantamiento de la medida de expulsión traerá consigo la ‘devolución’ inmediata del extranjero por parte de la autoridad

³² En el art. 21.2 de la LOE en el ámbito subjetivo no se especificaba la situación administrativa de los extranjeros, por lo que se podía aplicar tanto a extranjeros con una situación administrativa regular, como irregular.

³³ El anterior límite aunque era también de 6 años, se refería a la pena señalada en ‘abstracto’ para el delito cometido.

gubernativa siempre y cuando fuese sorprendido en la frontera -en cualquier otro supuesto, deberá cumplir la pena que le fue sustituida-.

La inclusión de este precepto en el CP supone introducir en el sistema penal medidas de carácter administrativo, las cuales, al responder a objetivos distintos a los asignados a la sanción penal, sólo en determinados casos resultan compatibles, lo que acaba convirtiéndola en un instrumento de doble filo que puede acabar ofreciendo resultados opuestos a lo que se pretendía obtener (Asúa Batarrita 2002: 47).

Posteriormente, 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 social³⁴ (en adelante LO 8/2000), en su Disposición Adicional Segunda, modifica el art. 89 del CP, añadiendo un número cuarto donde se recoge que no será de aplicación la sustitución por la expulsión en delitos relativos al tráfico de personas en relación a la inmigración³⁵.

Al introducir esta previsión se reconoce que la sustitución por la expulsión contradice las finalidades de prevención del sistema penal, puesto que en algunos casos la expulsión opera como una respuesta beneficiosa para el extranjero (Asúa Batarrita 2002: 47³⁶; Navarro Cardoso 2006a: 157).

Tras la reforma operada por la LO 8/2000, el artículo 89 del CP queda redactado en los siguientes términos:

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

³⁴ Publicado en: «BOE» núm. 307, de 23 de diciembre de 2000, páginas 45508 a 45522 (15 págs.).

³⁵ La LO 8/2000 modifica también el art. 53.4 de la LOEx que pasa a ser el art. 57.7 de dicha Ley incluyendo en el precepto la excepción introducida también para el art. 89 del CP.

³⁶ Sobre esto ASÚA BATARRITA plantea que la expulsión se mantiene aún para determinados delitos graves pese a que las objeciones apuntadas a los supuestos recogidos en el art. 89.4 del CP pueden ser aplicados perfectamente en este caso.

En este mismo sentido TORRES FERNÁNDEZ (2012: 83) señala ‘que tal opción de política criminal no deja de resultar, cuanto menos, paradójica, pues cabe renunciar a la sanción penal en un considerable espectro de delitos de cierta consideración, obviándose con ello la protección de importantes bienes jurídicos, pero no es renunciable el castigo penal cuando se trata de proteger los intereses del Estado en la gestión de los flujos migratorios, subordinándose a ese interés el resto de los objetivos de política criminal del Estado y convirtiendo el Derecho Penal en el medio cualificado para la lucha de la inmigración ilegal’.

del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado.

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

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa.

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

El artículo 89 volvió a experimentar modificaciones muy notables mediante la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros³⁷ (en adelante LO 11/2003). Dicha ley modificó los apartados 1, 2, y 3 del precepto.

La redacción del art. 89 del CP tras la reforma de la LO 11/2003³⁸ quedó como sigue:

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

Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan

³⁷ Publicado en: «BOE» núm. 234, de 30 de septiembre de 2003, páginas 35398 a 35404 (7 págs.).

³⁸ Para un análisis más exhaustivo sobre la expulsión penal tras la reforma de la LO 11/2003 *vid.* CANCIO MELIA y MARAVER GÓMEZ, 2006; MANZANARES SAMANIEGO (2008: 89-112); GUI SOLA LERMA, 2010a, ORTEGA MARTÍN (2010: 478-484).

cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

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

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

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

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

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

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

Entre las modificaciones operadas, destaca en primer lugar que la expulsión pasó de ser discrecional a preceptiva y que la única circunstancia que ‘excepcionalmente y de forma motivada’ evitaría la expulsión sería la ‘naturaleza del delito’. En segundo lugar, con respecto a la modalidad de sustitución parcial de las penas privativas de libertad iguales o superiores a 6 años, el legislador incluyó que podría acordarse no sólo cuando se entendieran cumplidas las $\frac{3}{4}$ partes de la condena, sino también al acceder el reo al tercer grado penitenciario. En tercer lugar, se suprimió la previa audiencia del penado y se explicitó que la resolución sobre la aplicación de la expulsión debía contenerse en la sentencia condenatoria. En cuarto lugar, imposibilitó de plano que el extranjero pudiera acceder a la suspensión de la condena o a las otras modalidades de sustitución recogidas en los arts. 80, 87 y 88 del CP.

Por último, modificó el plazo de la prohibición de no regreso que pasó de ser discrecional (3 a 10 años) en función de la pena impuesta, a un plazo único de 10 años, a contar desde la expulsión y en todo caso 'hasta que haya prescrito la pena' y estableció como consecuencia del incumplimiento de la prohibición de no regreso la devolución administrativa.

Esta modificación del art. 89 del CP generó muchos problemas tanto teóricos como de aplicación práctica y determinó el surgimiento de una doctrina jurisprudencial iniciada con la STS 901/2004, de 8 de julio³⁹ que se fue consolidando y que ocasionó que en los borradores de la reforma del CP elaborados tras el cambio de signo político en el gobierno se barajara la necesidad de una modificación del art. 89 del CP (Brandariz García 2011: 162).

Esta modificación tuvo lugar mediante la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁴⁰ (en adelante LO 5/2010). Esta reforma supuso nuevamente una modificación en profundidad del art. 89 del CP.

Dice literalmente el art. 89 del CP⁴¹ en la versión dada por la norma referida:

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 penado⁴², 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.

³⁹ En esta misma línea véase SSTS 906/2005, de 8 de julio; 832/2006, de 24 de julio; 1231/2006, 23 de noviembre; 35/2007, de 25 de enero; 125/2008, de 20 de febrero; 791/2010, de 28 de septiembre; 1016/2010, de 24 de noviembre; 25/2011, de 1 de febrero, entre otras.

⁴⁰ Publicado en: «BOE» núm. 152, de 23 de junio de 2010, páginas 54811 a 54883 (73 págs.).

⁴¹ Para un análisis más exhaustivo sobre el art. 89 del CP tras la reforma operada por la LO 5/2010 véase ÁLVAREZ GARCÍA Y GONZALEZ CUSSAC, 2010a, 2010b; LEGANÉS GÓMEZ, 2012; BLAY *et al.*, 2012.

⁴² La expresión del 'penado' es un tratamiento impropio, ya que no se corresponde con la fase procesal previa al dictado de la sentencia, en la que el estatus jurídico debiera ser de 'acusado' (COMAS D'ARGEMIR *et. al* 2012: 3).

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.

La reforma de 2010, en primer lugar, mantiene el carácter preceptivo de la expulsión pero amplía los supuestos en los que puede no ser aplicada, es decir, pasa de la ‘excepcionalidad de la naturaleza del delito’ a que ‘se aprecien razones que justifiquen el

cumplimiento de la condena en un centro penitenciario' ampliando por tanto la discrecionalidad judicial para la denegación de la sustitución.

En segundo lugar, modifica la segunda modalidad de expulsión (haber accedido el reo al tercer grado penitenciario o cumplido las $\frac{3}{4}$ partes de la condena), situándola en el apartado quinto del art. 89 del CP y eliminando el límite de los 6 años, por lo que esta modalidad a partir de la reforma puede acordarse sobre cualquier pena privativa de libertad impuesta, con independencia de cuál sea su duración.

En tercer lugar, se recupera la previa audiencia del penado y de las partes personadas en ambas modalidades de expulsión (art. 89.1 y art. 89.5 del CP).

En cuarto lugar, establece que la sustitución por expulsión puede acordarse tanto en sentencia como en auto posterior.

En quinto lugar, modifica el plazo de no regreso de 10 años a un plazo que va de los 5 a los 10 años atendiendo a la pena sustituida y las circunstancias personales del penado, lo que implica que se recupera el margen discrecional para el órgano judicial perdido con la anterior reforma operada por la LO 11/2003. Sobre el incumplimiento de la prohibición de no regreso, mantiene que el extranjero que la incumpla sea devuelto por la autoridad gubernativa pero sólo si es sorprendido en la frontera; en los demás casos, se procederá al cumplimiento de la pena sustituida, sin perjuicio de que pueda acceder a la suspensión condicional o la sustitución contemplada en el art. 88 de CP.

En sexto lugar, incorpora la posibilidad de que, si en el momento de acordarse la expulsión el extranjero no estuviera privado de libertad, el órgano judicial podrá acordar su ingreso en un centro de internamiento para extranjeros con la finalidad de asegurar la efectiva expulsión del territorio.

En séptimo lugar, se mantiene la prohibición de la aplicación de la expulsión en los delitos vinculados a la inmigración irregular (art. 312, 313 y 318 bis del CP).

En octavo lugar, en los supuestos en que no se haya podido materializar la expulsión del territorio, se establece la posibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena originaria o la sustitución de la misma (art. 88 del CP).

A lo largo del presente capítulo se analizará más pormenorizadamente el régimen jurídico de la expulsión penal tras la reforma operada por la LO 5/2010, pero antes de continuar, es necesaria una breve referencia a las modificaciones contenidas en la LO 1/2015 de 30 de marzo, que entraron en vigor el 1 de julio de 2015⁴³.

A día de hoy, el precepto está redactado de la siguiente manera:

‘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.

⁴³ Para un análisis más exhaustivo sobre la expulsión de extranjeros en el proyecto de reforma del CP *vid.* NISTAL BURÓN, J. 2013a, 2013b, MUÑOZ RUIZ, 2014; ROIG TORRES, 2014.

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'.

De nuevo, el art. 89 del CP ha sido objeto de modificación con la incorporación de nuevos cambios en el régimen jurídico de la sustitución de la pena de prisión por la expulsión, a los ‘ciudadanos extranjeros’ condenados. Ésta es la quinta versión del art. 89 del CP, lo que supone acentuar el ‘vértigo legislativo’ denunciado por el TS en su ya conocida Sentencia 901/2004.

En el apartado quinto de este capítulo se ofrece un análisis más exhaustivo de la medida, pero, en síntesis, las novedades introducidas tras la nueva redacción del art. 89 del CP son: (i) se generaliza la aplicación a todos los ciudadanos extranjeros, (ii) la sustitución por la expulsión penal solo se podrá acordar en penas de prisión, y además, sólo si estas exceden de un año, (iii) se le otorga al Juez o Tribunal la potestad de acordar la ejecución de una parte de la pena, sustituyendo el resto por la expulsión, (iv) se introduce como límite a la expulsión la proporcionalidad, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, y (v) se amplía la prohibición de aplicación del art. 89 del CP al delito de trata de seres humanos (art. 177 bis del CP).

Desde la primera regulación de la expulsión de extranjeros contenida en el art. 21.1 de la LOE hasta la última modificación operada por la LO 1/2015 -que entró en vigor en el momento de redacción de este trabajo- la expulsión penal ha sido objeto de muchas modificaciones. Con la finalidad de sintetizar todos los cambios de los que ha sido objeto la expulsión, en la página siguiente (Tabla I) se exponen las variaciones sufridas a lo largo de su vigencia. Como se irá analizando a lo largo del capítulo, algunos cambios han resultado positivos, siguiendo la línea de la jurisprudencia tanto nacional como internacional, pero otros, en cambio, pueden llegar a ser incomprensibles si no se toma como punto de partida que detrás de esta medida se esconden otras finalidades distintas de las estrictamente penales.

Tabla I: Evolución legislativa de la expulsión penal de extranjeros

	Art. 21.2 LE	CP 1995	LO 8/2000	LO 11/2003	LO 5/2010	LO 1/2015
Presupuesto subjetivo	Extranjeros (no específica situación administrativa)	Extranjeros en situación de irregularidad	Ciudadanos extranjeros			
Presupuesto objetivo	Sustitución de delitos menos graves (penas hasta 6 años de duración)	2 modalidades (art. 89.1 CP). 1. Penas inferiores a 6 años. 2. Penas iguales o superiores a 6 años	2 modalidades (art. 89.1 CP). 1. Penas inferiores a 6 años. 2. Penas iguales o superiores a 6 años	2 modalidades (art. 89.1 CP). 1. Penas inferiores a 6 años. 2. Penas iguales o superiores a 6 años	2 modalidades: 1. Penas inferiores 6 años (art. 89.1 CP) 2. Todas las penas (art. 89.5 CP)	Pena de prisión que exceda de 1 año
Modalidades de sustitución	Expulsión completa	2 modalidades (art. 89.1 CP). 1. Sustitución completa. 2. Sustitución 3/4 partes de la condena	2 modalidades (art. 89.1 CP). 1. Sustitución completa. 2. Sustitución 3/4 partes de la condena	2 modalidades (art. 89.1 CP). 1. Sustitución completa. 2. Sustitución 3/4 partes o 3º grado penitenciario	2 modalidades: 1. Sustitución completa (art. 89.1 CP) 2. A las 3/4 partes o 3º grado penitenciario (art. 89.5 CP)	1. Entre 1 y 5 años: Expulsión o Prisión y Expulsión(art. 89.1) 2. Más de 5 años: expulsión a las 3/4 partes o 3º gº penitenciario (art. 89.2)
Audiencia del penado	Previa audiencia penado	Previa audiencia penado	Previa audiencia penado	NO previa audiencia del penado	Previa audiencia penado	NO previa audiencia del penado
Plazo de no regreso	Plazo de no regreso: 3-10 años	Plazo de no regreso: 3-10 años	Plazo de no regreso: 3-10 años	Plazo de no regreso: 10 años	Plazo de no regreso: 5-10 años	Plazo de no regreso: 5-10 años
Incumplimiento plazo de no regreso	Incumplimiento prohibición de regreso: Cumplimiento pena	Incumplimiento prohibición de regreso: 1. Cumplimiento pena 2. Sorprendido frontera: Expulsión gubernativa	Incumplimiento prohibición de regreso: 1. Cumplimiento pena 2. Sorprendido frontera: Expulsión gubernativa	Incumplimiento prohibición de regreso: 1. Cumplimiento pena 2. Sorprendido frontera: Expulsión gubernativa	Incumplimiento prohibición de regreso: 1. Cumplimiento pena 2. Sorprendido frontera: Expulsión gubernativa	Incumplimiento prohibición de regreso: 1. Cumplimiento pena total o parcial 2. Sorprendido frontera: Exp. gubernativa
Excepción en su aplicación	NO Excepción aplicación	NO Excepción aplicación	NO Excepción aplicación	Naturaleza delito	Razones que justifiquen el cumplimiento en centro penitenciario	Circunstancias hecho y personales (arraigo en España). Proporcionalidad
Prohibición en su aplicación	NO prohibición aplicación	NO prohibición aplicación	312, 318 bis, 515.6.o, 517 y 518 del CP	312, 318 bis, 515.6.o, 517 y 518 del CP	312, 313 y 318 bis del CP	177 bis, 312, 313 y 318 bis del CP
Posibilidades cuando no se puede aplicar	--	--	--	NO aplicación art. 80, 87 y 88 CP	Si aplicación art. 80 y 88 del CP	Si aplicación art. 80 CP
Lugar de ingreso	--	--	--	--	Ingreso CIE	Ingreso CIE
Responsabilidad civil	Satisfacción resp. Civil	NO satisfacción resp. Civil	NO satisfacción resp. Civil	NO satisfacción resp. Civil	NO satisfacción resp. Civil	NO satisfacción resp. Civil

(*)Fuente: Elaboración propia.

3. La expulsión Penal.

Tras el análisis de la evolución legislativa de la expulsión sustitutiva -desde su inclusión en la LOE hasta la redacción del art. 89 del CP por la LO 5/2010-, se analizará, en esta segunda parte del capítulo, el régimen jurídico de la medida sustitutiva en la redacción inmediatamente anterior a la LO 1/2015. Como se verá, la introducción de esta medida, -cuyo origen es de naturaleza administrativa-, ha generado diferentes posiciones interpretativas en relación con las características que la definen.

3.1. Finalidad de la expulsión en el Derecho Penal.

Entender la expulsión como una consecuencia del derecho penal supone, en primer lugar, crear un sistema sancionador que diferencia de una parte, a los nacionales y los extranjeros regulares y de otra parte a los extranjeros en situación de irregularidad; en segundo lugar, la existencia de ciertas fricciones con los fines de la pena, y con algunos de los principios del Derecho Penal tales como el principio de proporcionalidad o el principio de *non bis in ídem*, entre otros. Es por ello que resulta necesario conocer cuál es la fundamentación que ha llevado al legislador a incluir la expulsión en el Derecho Penal.

Desde que la expulsión se incorporó por primera vez como consecuencia penal, se han sostenido tres posibles finalidades justificativas. El primer argumento esgrimido es que la medida sirve para evitar la utilización de la prisión como un medio para permanecer en España. La segunda finalidad es que con la inclusión de la expulsión en la legislación penal se reduce el coste económico que le supone al sistema penitenciario mantener a los extranjeros en las prisiones. Por último, se ha argumentado también la ineficacia del cumplimiento de las penas privativas de libertad en los supuestos de los extranjeros en situación de irregularidad por las dificultades posteriores de reinserción del colectivo.

La primera de las justificaciones referidas, es decir, la que tiene como fundamento evitar que el cumplimiento de la pena privativa de libertad devenga un medio que posibilite la permanencia del extranjero en España, se basa en el argumento expresado en la

Exposición de Motivos de la LO 11/2003: ‘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’. Se considera, desde esta perspectiva, que la expulsión penal evitará que los extranjeros en situación irregular cometan hechos delictivos con la finalidad de permanecer en el territorio nacional o, en palabras de ROMA VALDÉS (1999: 849 ss.) lo que se pretende evitar con la expulsión es que el delito se convierta en un mecanismo defraudatorio de la política migratoria.

Para tomar como adecuada esta finalidad, apuntan algunos autores (Cancio Meliá y Maraver Gómez 2006: 84; Cancio Meliá y Maraver Gómez, 2005: 386), que sería necesario contar con una base empírica que permitiera saber si, efectivamente, hay un colectivo de inmigrantes en situación irregular que utiliza la delincuencia para permanecer en España⁴⁴. Sobre este particular, ASÚA BARRATITA (2002: 55) apunta que en todo caso serían infracciones de poca relevancia pero que en ningún caso hay datos que corroboren esta idea para fundamentar dicha finalidad. Otros autores⁴⁵ apuntan que existiendo la posibilidad de la expulsión como alternativa al proceso penal por la vía administrativa (art. 57.7 LOEx), no tiene sentido incluirla en el Derecho Penal porque ya se dispone de un régimen jurídico que evite la delincuencia instrumental (Cancio Meliá y Maraver Gómez 2006: 85)⁴⁶.

La segunda finalidad que se sostiene para justificar la inclusión de la expulsión en el Derecho Penal es el excesivo coste -tanto económico como de medios- que le supone al sistema penal el mantenimiento de los extranjeros en los centros penitenciarios.

⁴⁴ Sobre este particular BAUCCELLS I LLADÓS (2005: 60) considera que esta finalidad no tiene justificación, en el sentido que en la inmensa mayoría de los casos es el propio extranjero condenado quien solicita la aplicación de la expulsión sustitutiva.

Por otra parte CHUECA SANCHO (2005: 53) explica que existe lo que él ha llamado el mito estadístico respecto de las estadísticas de extranjeros. En este sentido, la mala configuración de estas estadísticas alteran los datos pudiendo considerarlas responsables de la comisión de un porcentaje desproporcionado de delitos.

⁴⁵ En este sentido NAVARRO CARDOSO (2006a: 157) se plantea la siguiente cuestión: ¿Para qué se hace intervenir entonces al Derecho Penal si el Derecho administrativo sancionador va a conseguir lo mismo con los menores costes que comporta la intervención del segundo?

⁴⁶ Para un análisis más exhaustivo sobre la expulsión de extranjeros por permanencia en el territorio *vid.* SOLA RECHE, 2002; ALONSO PÉREZ, 2004; CÓRDOBA CASTROVERDE, 2006; LORENZO JIMÉNEZ, 2009; BONILLA CORREA, 2010; FERNÁNDEZ PÉREZ, 2012, 2014; SELMA PENALVA, 2014.

Desde esta perspectiva, el objetivo de incluir la medida de expulsión en el derecho penal es reducir el número de internos extranjeros en los centros penitenciarios españoles, o como se expresa en el Auto de la AP de Cádiz 13/2004, de 4 de febrero: ‘la motivación principal de la medida de expulsión no responde a finalidades de la pena, sino a intereses económicos y de política penitenciaria, para disminuir el número de penados extranjeros’⁴⁷.

Sobre esta justificación, al igual que en el caso anterior sería necesario realizar un análisis previo, para comprobar si efectivamente las diferentes situaciones de los extranjeros en los centros penitenciarios suponen un alto coste al sistema⁴⁸. Si bien no hay una investigación que pueda corroborar que la expulsión penal reduce costes a la administración penitenciaria, sí que se dispone de algunos datos que pueden orientar sobre el número de extranjeros en las prisiones nacionales y sobre el coste que suponen⁴⁹. Analizando los datos sobre el número de extranjeros tanto en el ámbito competencial estatal como en el catalán⁵⁰, se observa que el porcentaje de extranjeros

⁴⁷ En este mismo sentido véase NAVARRO VILLANUEVA (2002: 202); NAVARRO CARDOSO (2006a: 156- 157).

⁴⁸ En esta línea *vid.* GARCÍA ESPAÑA 2002a: 133ss; GARCÍA ESPAÑA 2002b: 165ss; quien pone de manifiesto la falta de estudios fiables de análisis de cuántos extranjeros están detenidos, presos y condenados, así como una falta de estudios de su situación administrativa y socio-económica.

⁴⁹ Para un análisis más exhaustivo véase GARCÍA ESPAÑA 2002a; GARCÍA ESPAÑA 2002b; GARCÍA ESPAÑA 2012. Sobre la situación de los reclusos marroquí y argelinos en las prisiones españolas *vid.* GARCÍA ESPAÑA (2005: 448-449).

⁵⁰ Número de extranjeros en las prisiones estatales y catalanas en el periodo 2003- 2014-2015.

Tabla II. Ámbito estatal

Año	Españoles	Extranjeros	% Extranj.	Total
2003	40.891	15.205	27,11	56.096
2004	42.073	17.302	29,14	59.375
2005	42.438	18.616	30,49	61.054
2006	43.378	20.643	32,24	64.021
2007	44.123	22.977	34,24	67.100
2008	47.357	26.201	35,62	73.558
2009	48.917	27.162	35,70	76.079
2010	47.614	26.315	35,59	73.929
2011	45.970	24.502	34,77	70.472
2012	45.704	22.893	33,37	68.597
2013	45.649	21.116	31,63	66.765
2014	45.320	19.697	30,30	65.017
2015 (mayo)	46.226	19.284	29,44	65.510

(*) Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Anuario de 2013 del Ministerio de Interior.

ha ido en aumento desde el año 2003⁵¹ sufriendo una leve bajada en el ámbito estatal en el año 2010 y disminuyendo levemente hasta mayo del año 2015, con leves diferencias respecto al ámbito catalán, donde la tendencia ha sido a disminuir. A la vista de estos datos, se puede concluir que tanto en el ámbito catalán como en el estatal el número de extranjeros en el periodo analizado se mantiene prácticamente constante desde el año 2008⁵².

Pero si bien estos datos permiten saber el número de extranjeros que están en prisión, no hay cifras del número de extranjeros en prisión cuya situación administrativa sea irregular y por tanto no hay evidencia empírica de que la expulsión de extranjeros residentes irregulares disminuya las cifras de extranjeros en los centros penitenciarios. Aunque se comprobara que efectivamente con el uso de la expulsión se llegan a reducir costes del sistema penitenciario, habría que evaluar y poner en contraposición los costes

Tabla III. Ámbito catalán

Año	Espanoles	Extranjeros	% Extranj.	Total
2003	5.209	2.207	29,76	7.416
2004	5.469	2.625	32,43	8.094
2005	5.462	2.843	34,23	8.305
2006	5.609	3.361	37,47	8.970
2007	5.626	3.769	40,12	9.395
2008	5.853	4.198	41,77	10.051
2009	5.955	4.570	43,42	10.525
2010	5.874	4.646	44,16	10.520
2011	5.695	4.818	45,83	10.513
2012	5.508	4.554	45,26	10.062
2013	5.467	4.351	44,32	9.818
2014	5.221	4.073	43,82	9.294

(*) Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Estadística básica de 2013 de la Direcció General de Serveis Penitenciaris, Generalitat de Catalunya.

Un análisis más exhaustivo véase VALENZUELA RATIA, 2003; HERRERO HERRERO, 2003; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, 2011; MONTERO PÉREZ DE TUDELA Y NISTAL BURÓN, 2014, BRANDARIZ GARCÍA Y MONCLÚS MASÓ (2015: 47-80).

⁵¹ Datos que se asemejan a los datos de las poblaciones reclusas de los países de la Europa occidental, que están alrededor del 37%. Para un análisis más exhaustivo sobre la evolución de la población reclusa en los países de la Unión Europea *vid.* DELGRANDE, N., AEBI, M. (2010: 135-150).

⁵² Estos datos deberían ponerse en relación con el coste por persona y día que le supone al sistema mantener a los presos en los centros penitenciarios. En base a los datos del *Space I* del Consejo de Europa (Pág. 149), en el año 2012 se gastaron en Cataluña 65,72 € interno/día y en el resto del Estado español la cantidad fue de 53,34 € interno/día. Para un análisis más exhaustivo sobre los costes del sistema penitenciario español en comparación con otros países europeos *vid.* BECERRA MUÑOZ, 2012.

El informe del Mecanismo Nacional de la Tortura realizado por el DEFENSOR DEL PUEBLO del año 2014 recoge que durante este año, 7.340 extranjeros fueron internados en los distintos CIEs del territorio. De estos, el 47,45% no han sido expulsados (Págs. 601ss.)

que supondrían tanto el uso de los CIEs como la materialización de las expulsiones⁵³. Por último, si la justificación de la existencia de la expulsión en el Derecho Penal tiene su fundamentación en disminuir los costes al sistema, se podría pensar en otras alternativas para disminuir la población penitenciaria⁵⁴. En este sentido se podría recurrir a un mayor uso de las penas alternativas a la prisión.

Finalmente, la tercera justificación planteada para el uso de la medida de expulsión como alternativa al cumplimiento de las penas privativas de libertad, y la que puede considerarse de mayor peso, es la dificultad de reinserción posterior del colectivo de extranjeros residentes irregulares en nuestro país (Nistal Burón, 2013a: 3). En este sentido sería interesante plantearse otras vías de excarcelación de presos extranjeros como puede ser el cumplimiento de la pena en un tercer país o el cumplimiento de la libertad condicional en el país de donde sea nacional el extranjero o en el país fijado previamente -art. 197 del Reglamento Penitenciario⁵⁵ (en adelante RP)⁵⁶-. Ambas alternativas, contempladas en la legislación, permitirían asegurar tanto los fines de prevención general como los de prevención especial de la pena. Aunque, como se verá más adelante, las anteriormente mencionadas no son alternativas viables al uso de la expulsión penal en la actualidad.

En realidad, las razones que se esgrimen para justificar el uso de la expulsión penal como alternativa al cumplimiento de las penas privativas de libertad, conducen a una

⁵³ El 11 de marzo de 2013 se publica en el BOE que la Subdirección General de Gestión Económica y Patrimonial ha firmado un contrato por una cantidad de 11.880.000 euros con las compañías “Air Europa Línea Aéreas, S.A.U.”, y “Swiftair, S.A”. para el traslado de ciudadanos extranjeros y de los funcionarios policiales encargados de su custodia entre diversos puntos del territorio nacional y desde estos a otros países.

El 2 de abril de 2013 se publica una noticia de prensa en el diario 20minutos que recoge el relato de un agente encargado de materializar las expulsiones. En la entrevista que se le realiza expone: ‘La dieta, 96€ diarios para comer y dormir en un hotel en el caso de viajar a Ecuador. Ir a China, por ejemplo, son 106€. Dietas que varían según el destino, y que no se actualizan desde el año 2002’. Recurso electrónico consultado el 27 de julio de 2015 y disponible en:

<http://www.20minutos.es/noticia/1773695/0/extranjeros-expulsados/avion-policia/identificaciones/>

⁵⁴ En este sentido CANCIO MELIA Y MARAVER GÓMEZ (2005: 388-389) partiendo de la premisa que la inclusión en el ordenamiento penal no puede justificarse desde esta perspectiva, apuntan que otras alternativas podrían ser, por ejemplo, descriminalizar determinadas infracciones cometidas masivamente como el hurto para un determinado colectivo como pueden ser los ciudadanos pelirrojos o rubios. Aunque como exponen esta justificación no tiene fundamentación.

⁵⁵ Publicado en: «BOE» núm. 40, de 15 de febrero de 1996, páginas 5380 a 5435 (56 págs.).

⁵⁶ Recogidas en la Circular de 13 de enero de 1993 de la Secretaria General de Instituciones penitenciarias. Sobre las políticas de excarcelación de presos extranjeros *vid.* GARCÍA ESPAÑA (2012: 419).

única finalidad que justifica la existencia del art. 89 del CP y esta no es otra que la expulsión es en realidad un instrumento al servicio de la política migratoria y no al de la política penal, lo cual significa poner el Derecho penal al servicio del Derecho administrativo a los efectos del control de los flujos migratorios⁵⁷.

3.2 Naturaleza Jurídica.

La expulsión penal viene recogida en el Título IV ‘De las medidas de seguridad’ del CP como una medida de seguridad no privativa de libertad (art. 96.3.2º del CP). En este sentido, la naturaleza jurídica de esta medida no conllevaría mayores problemas.

Pero como ya se ha puesto de manifiesto, la expulsión penal está recogida en el CP bajo dos modalidades: en el art. 89 del CP como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad, y en el art. 108 del CP para la sustitución de las medidas de seguridad.

En el mismo orden de cosas, el origen de la expulsión es administrativo y no penal; por tanto, la determinación de cuál es la naturaleza de la consecuencia del art. 89 del CP genera diferentes posiciones doctrinales.

Antes de abordarlas son precisas dos consideraciones, y una aclaración.

⁵⁷ En este sentido por todos *vid.*; RODRIGUEZ CANDELA (1998: 60), FGE (2001: 16) ASÚA BATARRITA (2001: 1011ss); MAQUEDA ABREU (2001: 514); ASÚA BATARRITA (2002: 26ss, 54ss); FLORES MENDOZA (2002: 108); PAZ RUBIO (2003: 157); LÓPEZ MUÑOZ (2003: 576) DE LA ROSA CORTINA (2004: 1); MUÑOZ LORENTE (2004: 405), LAURENZO COPELLO (2004: 30); CANCIO MELIÁ Y MARAVER GÓMEZ (2005: 395); RODRÍGUEZ MESA (2006: 275); CANCIO MELIÁ Y MARAVER GÓMEZ (2006: 96); MARTÍNEZ ESCAMILLA (2007: 32); TERRADILLOS BASOCO (2007: 271); MONCLÚS MASO (2008: 525); MARTÍNEZ ESCAMILLA (2008: 8-9); MIRO LINARES (2008: 21-22); BRANDARIZ GARCÍA (2011: 174); TORRES FERNÁNDEZ (2012: 70); MUÑOZ RUIZ (2014: 12), SALVADOR CONCEPCIÓN (2014: 516), BRANDÁRIZ GARCÍA Y MONCLÚS MASÓ (2015: 27), entre otros.

En este mismo sentido la STC 242/1994, de 20 de julio establece que la expulsión ‘no se concibe como modalidad de ejercicio de *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...puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a una política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar’.

Sobre la sumisión de la regulación penal a cuestiones de política migratoria CANCIO MELIA y MARAVER GÓMEZ (2006: 98-99) si bien comparten esta tesis, consideran no está exenta de varios inconvenientes: en primer lugar porque una parte del colectivo no será expulsado por las dificultades en algunos casos de materializar la expulsión; en segundo lugar porque la orientación dada al art. 89 del CP puede producir un ‘efecto llamada’; y en tercer lugar, que habrá una parte del colectivo al que se le imponga la expulsión sustitutiva que ya no forman parte del ‘flujo migratorio’ sino que se encuentran establecidos en el territorio sin haber logrado regularizar su situación.

En cuanto a las consideraciones, en primer lugar, la expulsión recogida en el art. 89 del CP supone sustituir una pena privativa de libertad por la salida coactiva del territorio junto con la posterior prohibición de entrada por un determinado periodo, que según el art. 89.2 del CP oscilará entre los 5 y 10 años; en segundo lugar, la aplicación de esta medida supone una restricción del derecho fundamental a la libertad de circulación y de fijación de residencia (art. 19 de la CE)⁵⁸. Una limitación que se extiende a los países del territorio ‘Schengen’⁵⁹, por lo que se puede afirmar que la expulsión supone una privación, durante un tiempo considerable, de la posibilidad de obtener el permiso de entrada, de residencia y de trabajo.

Por lo que respecta a la aclaración: sobre esta medida que puede inserirse tanto en la legislación administrativa como en la penal, se ha producido un cierto debate sobre cuál es su naturaleza jurídica⁶⁰, ya que si consideramos que se trata de una medida estrictamente jurídico-penal, el procedimiento de imposición se ha de regir por los principios de la ejecución penal, pero si consideramos que se trata de una sanción administrativa no pueden obviarse los presupuestos del conjunto normativo administrativo (Asúa Batarrita 2002: 59; Navarro Cardoso 2006a: 156, Torres Fernández 2012: 70-71).

Esta naturaleza dispar ha generado diferentes posiciones en torno a dónde debe situarse la expulsión del art. 89 del CP.

En primer lugar, una parte de la doctrina considera que la expulsión penal regulada en el art. 89 del CP no es una pena⁶¹, tanto por no figurar en el art. 33 del CP como por no cumplir los fines propios de la misma tanto a nivel preventivo general como especial⁶².

⁵⁸ El TC, en sus SSTC 99/1985, de 30 de septiembre y 107/1985, de 7 de octubre, reconoce este derecho fundamental también a los extranjeros, teniendo en cuenta lo que establece el art. 13 de la CE, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Para un análisis más exhaustivo sobre los derechos fundamentales de los no nacionales *vid.* FERNÁNDEZ PÉREZ, 2007.

⁵⁹ En virtud de la Directiva 2001/40/CE la expulsión se extiende a todo el territorio de los Estados parte del Acuerdo Schengen.

⁶⁰ Con anterioridad a la entrada en vigor del CP 1995, ya se discutía sobre la naturaleza jurídica de esta medida, que fue calificada como sustitutivo penal. En este sentido *vid.* STC 242/1994, de 20 de julio.

⁶¹ En este sentido véase RODRIGUEZ CANDELA (1998: 60); ROMA VALDÉS (1999: 858), ASÚA BATARRITA (2001: 1033); ASÚA BATARRITA (2002: 62-63), DE LA ROSA CORTINA (2004: 3), FGE (2006: 4ss.), FGE 2011, NAVARRO CARDOSO (2006a: 168), MAQUEDA ABREU, 2001.

Otras consideraciones que se esgrimen para no considerar la medida de expulsión como una pena, se basan en la desproporcionalidad existente entre la expulsión y la gravedad del hecho (Asúa Batarrita 2002: 60; Navarro Cardoso 2006a: 169; Díaz y García Conlledo 2007: 626ss.), o en que se trata de una medida restrictiva de derechos (SSTC 242/ 1994, de 20 de julio, 203/1997, de 25 de noviembre).

En segundo lugar, en la posición contraria, esto es, considerando que la expulsión penal es una pena⁶³, se posiciona IZQUIERDO ESCUDERO (1997: 1862-1863), que entiende que el hecho de que la expulsión sustituya a una pena, y que su contenido consista en la prohibición de entrada en España por un plazo determinado es similar al contenido de la pena de 'privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos' regulado en el art. 33 apartado g) del CP.

Sin embargo, esta posición puede resultar un tanto forzada si se atiende a la extensión del espacio de privación, ya que la privación de residir o acudir a determinados lugares se limita a determinadas poblaciones, y no a todo el territorio español y al de los Estados miembros de la Unión Europea (Asúa Batarrita 2002: 58; Rodríguez Candela⁶⁴ 1998: 60, Torres Fernández 2012: 64-65)⁶⁵

En tercer lugar, existe otra posición que ha entendido que la expulsión no es una medida de seguridad⁶⁶ (art. 95 del CP) porque para aplicarla no es necesario valorar el pronóstico de peligrosidad, ni está sustentada en un juicio de inimputabilidad o semi-imputabilidad necesario en la aplicación de las medidas de seguridad (Asúa Batarrita 2002: 60, 92).

⁶² *Vid.* ASUA BATARRITA (2002: 63); FGE (2006: 4 ss.), DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, NAVARRO CARDOSO (2006a: 168-169), MAQUEDA ABREU (2001: 510-511).

⁶³ Con el CP de 1973 algunos autores se posicionaron considerando la expulsión una pena por su similitud con la pena de extrañamiento del antiguo art. 86 del CP que consistía en la expulsión del territorio español por un tiempo mínimo de 12 años y 1 día y un máximo de 20 años. En contenido, el extrañamiento es similar a la actual expulsión, pero se diferencia en que estaba prevista para un delito concreto y no estaba reservada únicamente a los extranjeros (ASÚA BARRATTA, 2002: 63).

⁶⁴ En este sentido RODRIGUEZ CANDELA (1998: 60) considera que la tesis expuesta por IZQUIERDO ESCUDERO es contraria al principio de legalidad de las penas recogido en el art. 2.1 del CP.

⁶⁵ En este mismo sentido véase STS 165/2009, de 19 de febrero.

⁶⁶ Véase ASUA BATARRITA (2002: 60); DURÁN SECO (2005: 341); NAVARRO CARDOSO (2006a: 170).

Asimismo, se vulnera el principio de proporcionalidad en base al art. 6.2 del CP porque en algunos supuestos la expulsión superará en duración a la pena abstractamente aplicable al hecho cometido (Navarro Cardoso 2006a: 169).

Otra diferencia entre la medida expulsión y las medidas de seguridad es que el juez no tiene discrecionalidad para aplicar otra consecuencia jurídica, circunstancia que sí se contempla en el caso de las medidas de seguridad (art. 96 del CP). Por otro lado, en el caso de incumplimiento de la prohibición de entrada (art. 89.4 del CP) no se recurriría a lo establecido en el art. 100 del CP⁶⁷ y finalmente, en relación a lo establecido en el art. 97 del CP, es decir, que durante la ejecución de las medidas de seguridad el Juez o Tribunal podrá acordar mantener, cesar, sustituir o dejar en suspenso la medida de seguridad, ello no es aplicable a la expulsión del art. 89 del CP.

En cuarto lugar, hay autores que consideran que la expulsión sí es una medida de seguridad⁶⁸ argumentando que viene expresamente mencionada en el art. 96.3 2º del CP como medida no privativa de libertad. Desde otra perspectiva se posiciona LEANDRO VIERA DA COSTA (2010: 153-154) entendiendo que la expulsión no es sólo formalmente una medida de seguridad, sino que existe por parte del legislador una intención de incluirla en esta sede con la finalidad de vincular peligrosidad y delincuencia de extranjeros en situación de irregularidad. Conectando estos dos conceptos la finalidad de aplicación de la expulsión no es terapéutica o correctiva, sino incapacitadora para proteger a la sociedad⁶⁹. Otros autores (Brandariz García 2011: 168) han entendido que en todo caso habría que entender como medida de seguridad la modalidad del art. 108 del CP y no la del art. 89 del CP.

⁶⁷ Art. 100 del CP: ‘1. El quebrantamiento de una medida de seguridad de internamiento dará lugar a que el juez o tribunal ordene el reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado.

2. Si se tratare de otras medidas, el juez o tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad.

3. En ambos casos el Juez o Tribunal deducirá testimonio por el quebrantamiento. A estos efectos, no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido. No obstante, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate’.

⁶⁸ En este sentido *vid.* DE LA ROSA CORTINA (2004: 2); ÚBEDA DE LOS COBOS (2006: 1). También véase STS 165/2009, de 19 de febrero.

⁶⁹ En este mismo sentido DURÁN SECO (2005: 339-240).

En quinto lugar, se ha entendido que la expulsión penal del art. 89 del CP no se ajusta al régimen jurídico de los sustitutivos penales. En este sentido, se alude a que la expulsión no supone una sustitución de la pena de prisión por una circunstancia menos grave y basada en presupuestos tanto preventivo generales como preventivo especiales⁷⁰. Por otra parte, en algunos supuestos no se respeta el principio de proporcionalidad entre la medida de expulsión y la pena sustituida.

La dificultad de considerarla como un sustitutivo penal se observa claramente en el supuesto de la modalidad parcial de expulsión (art. 89.5 del CP), porque en este caso ya se ha cumplido una parte importante de la condena lo que podría suponer además una vulneración del principio de *non bis in ídem* (Navarro Cardoso 2006a: 165; Monclús Maso 2008: 436).

En sexto lugar, otra posición considera que la expulsión penal del art. 89 del CP es una institución híbrida entre una medida de seguridad y la suspensión condicional de la pena (Mapelli Cafarena 2005: 128).

Finalmente, otros autores, a los que me sumo, entienden que se trata de una medida penal autónoma por no ser ni una pena, ni una medida de seguridad, ni un sustitutivo penal (Díaz y García Conlledo 2007: 628) y que debería ser entendida como una sanción administrativa dado que en realidad sirve como respuesta no tanto a fines jurídico-penales cuanto a fines de control de flujos migratorios⁷¹.

Vistas las diferentes posiciones doctrinales en torno a la expulsión como consecuencia jurídica del ordenamiento penal, considero que dicha medida está orientada a favorecer la salida del territorio de los extranjeros en situación irregular que han delinquido y que, por tanto, persigue finalidades diferentes a las planteadas para las consecuencias del

⁷⁰ En este sentido *vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2007: 631); MONCLÚS MASO (2008: 446). NAVARRO CARDOSO (2006a: 170) si bien entiende que no es un sustitutivo penal, también afirma que es el único sentido que tendría que tener la expulsión sustitutiva.

⁷¹ En este mismo sentido ASÚA BATARRITA (2002: 61) expone que desde una perspectiva formal y procedimental el art. 89 del CP es un 'instituto penal', pero que el hecho que su aplicación se vincule a la situación administrativa del extranjero pone de relieve que la expulsión penal se asienta en consideraciones de carácter extrapenal, por lo que en su fundamento y contenido estaríamos ante una sanción administrativa.

ordenamiento penal. En mi opinión, habría que encuadrarla como una medida autónoma dentro del catálogo de medidas del Derecho penal.

Como se ha puesto de manifiesto, la diversidad de posiciones en torno a la naturaleza jurídica de la medida de expulsión ha llevado a algunos autores a poner de relieve que sobre el art. 89 del CP se plasma una tensión ‘no resuelta’ entre fines de la pena y funcionalidades de carácter más bien administrativo, vinculadas al control de fronteras (Brandariz García 2011: 169).

3.3 Presupuestos subjetivos.

Las dos condiciones necesarias y determinantes para aplicar, en sus dos modalidades, la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión del territorio del art. 89 del CP son: a) que la persona sea extranjero, y b) que se encuentre en situación de irregularidad administrativa.

Para poder establecer quiénes son los sujetos a los que les es de aplicación, es necesario determinar si cabe la aplicación a todos los extranjeros o por el contrario existen excepciones legales que impidan su aplicación. Con respecto a la segunda condición, esto es, la necesidad de que la situación administrativa sea de irregularidad, se intentará dar respuesta al momento en que dicho supuesto debe verificarse para que se pueda producir la sustitución del art. 89 del CP.

a) Sujetos a los que les es de aplicación el art. 89 del CP.

Los sujetos a los que les es de aplicación la expulsión regulada en el art. 89 del CP tanto en la modalidad sustitutiva de la condena íntegra (art. 89.1 CP), como en la modalidad parcial (art. 89.5 del CP) son ‘...los extranjeros no residentes legalmente en España’⁷².

⁷² La razón para limitar la aplicación de la expulsión penal a los extranjeros en situación de irregularidad se sustenta en la consideración de la compleja integración social en España del penado extranjero cuando terminara de cumplir su condena (NISTAL BURÓN 2013a : 3).

La nueva redacción dada al art. 89 del CP por la reforma operada por la LO 1/2015 modifica por primera vez desde su inclusión en el ordenamiento penal el supuesto subjetivo del precepto. El nuevo precepto amplía el ámbito de aplicación a ‘ciudadanos extranjeros’ sin hacer mención a los diferentes status administrativos en que se pueden encontrar los extranjeros en España.

Este presupuesto se mantiene inalterable desde la primera redacción dada del art. 89 en el CP de 1995 pero, no por ello, se puede hablar de un concepto claro y delimitado. De hecho, se han suscitado varios problemas en torno a los conceptos de ‘extranjero’ e ‘irregularidad’, lo que ha conllevado un debate relativo a quiénes son finalmente los sujetos a los que se puede aplicar la expulsión del art. 89 del CP (Navarro Cardoso 2006a: 172ss.).

Para poder determinar qué sujetos son susceptibles de ser expulsados penalmente es necesario en primer lugar delimitar el concepto de extranjero, por ser una de las dos características recogidas en el precepto ‘...los extranjeros no residentes legalmente en España’.

La LOEx establece en su art. 1.1 que ‘se consideran extranjeros, a efectos de la aplicación de la presente ley, los que carezcan de la nacionalidad española’. Por tanto, todas aquellas personas que no ostenten la nacionalidad española serán consideradas extranjeras⁷³.

En relación con este primer presupuesto, existen dos casuísticas especiales: por un lado los apátridas, personas que no son consideradas nacionales por ningún Estado⁷⁴, y por tanto, extranjeras conforme a lo establecido en el art. 1.1 de la LOEx, y en segundo lugar, los nacionales de los países integrados en la Unión Europea.

Este segundo supuesto, el de los ciudadanos comunitarios, viene regulado en el art. 20.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁷⁵:

⁷³ Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LOEx, y por tanto exentos de la inscripción como extranjeros y de la obtención de la autorización de residencia, tal y como se contempla en el art.2 de la LOEx: los agentes diplomáticos y los representantes consulares acreditados en España, así como sus familiares (apartado 1); los representantes, delegados y demás miembros de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos intergubernamentales con sede en España o en Conferencias internacionales que se celebren en España, así como sus familiares (apartado 2); y los funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares (apartado 3).

⁷⁴ Art. 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, aprobado en New York el 28 de septiembre de 1954 (España se adhiere el 24 de abril de 1997) en relación con el art. 34 de la LOEx.

⁷⁵ Redactado según el Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Unión Europea el 13 de diciembre de 2007, vigente desde el 1 de diciembre de 2009.

‘...Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla’.

Por tanto, los ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea, además de la nacionalidad que les corresponda, gozarán también de la europea, pero no adquirirán la nacionalidad de los demás estados miembros, por lo que, a tales efectos son también extranjeros (Torres Fernández 2012: 168).

Así pues, de acuerdo con lo expuesto, son ciudadanos extranjeros aquellos sujetos que carezcan de la nacionalidad española, los que carezcan de nacionalidad y los ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea.

Para que pueda llevarse a cabo la expulsión es necesario además que la persona extranjera se encuentre en situación de residencia irregular en España. Y es esta condición, la irregularidad, la que da sentido a la medida de expulsión, ya que no todos los extranjeros pueden ser expulsados, pero sí todos los extranjeros que se encuentren en situación de irregularidad.

Se establece en el art. 29.1 de la LOEx que los extranjeros podrán permanecer en España en situación de residencia⁷⁶ o estancia⁷⁷. La situación de residencia puede ser temporal⁷⁸ o de larga duración⁷⁹ (art. 30 bis y ss. LOEx)⁸⁰. Esto implica que los extranjeros que carezcan de alguno de estos permisos se encontraran en situación irregular y por tanto pueden ser expulsados, en virtud de lo dispuesto tanto en la LOEx como en el CP.

⁷⁶ En la LOEx se recogen los diferentes tipos de permisos para permanecer en España: (1) autorizaciones de residencia temporales ordinarias (arts. 25 bis 2, art. 25 bis 2 d), 31.2, 31, 36, 37 y 38), (2) autorizaciones de residencia temporal excepcionales (art. 31.3) (3) autorizaciones provisionales de residencia (arts. 31 bis, 59, 59.4 bis, 34, 34.1) (4) y autorizaciones de larga duración (art. 32).

⁷⁷ Estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 para la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado (art. 30 LOEx).

⁷⁸ La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años (art. 31.1 LOEx).

⁷⁹ La residencia de larga duración es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles (art. 32.1 LOEx).

⁸⁰ Para un análisis más exhaustivo sobre el régimen de entrada y estancia de los extranjeros en el territorio nacional véase PÉREZ ALONSO (2010: 99-107); MOYA MALAPEIRA, 2010.

Sin embargo también en los supuestos de la irregularidad existen algunos casos especiales.

En primer lugar, los refugiados con estatuto reconocido y los indocumentados. En el supuesto de los refugiados, el art. 34 de la LOEx y el art. 36 de la LO 12/2009⁸¹ les reconocen la autorización de residencia ‘permanente’ (Brandariz García 2011: 172). En el caso de los extranjeros indocumentados, estos tienen la posibilidad de solicitar la autorización de residencia por circunstancias excepcionales (art. 31.1, y 34 de la LOEx) siempre y cuando puedan acreditar que no pueden ser documentados por las autoridades de ningún país (art. 34.2 LOEx y 107 REEx).

En segundo lugar, existen otros dos supuestos excepcionales: el de las mujeres extranjeras en situación irregular víctimas de violencia de género, que podrán solicitar una autorización de residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales desde el momento en que se hubiese dictado una orden de protección a su favor, o en su defecto, que el MF informe sobre la existencia de indicios de violencia de género (art. 19.2 y 31 bis LOEx); y las víctimas del delito de trata de seres humanos cuando colaboran con la investigación y la persecución de estos delitos (art. 59 bis LOEx).

Por otra parte, es precisa una breve referencia a la posibilidad de expulsión de los menores de edad extranjeros no acompañados (art. 35 LOEx y 92 REEx). En este supuesto, independientemente de la deportación administrativa en los supuestos contemplados en la ley, las modalidades de expulsión reguladas en el art. 89 del CP son inaplicables a estos sujetos⁸², siendo de aplicación lo establecido en la LOEx, por no existir en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad

⁸¹ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

⁸² La FGE dictó la Instrucción 3/2003, de 23 de octubre, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo (en adelante Instrucción 3/2003). Respecto de la Instrucción y la posibilidad de expulsar a los menores extranjeros hay muchas objeciones *vid.* ANMISTÍA INTERNACIONAL, 2003; S.O.S RACISMO, 2004; LÁZARO GÓNZALEZ, 2014. Sobre la repatriación de menores extranjeros véase RUIZ LEGAZPI, 2004; ARMENTEROS LEÓN, 2011.

penal de los menores⁸³ (en adelante LORPM) una disposición específica que contemple dicha posibilidad.

De entre todos los supuestos anteriormente analizados, hay colectivos que no han generado discusión sobre la aplicación de la expulsión, por quedar claro *ab initio* que se encontraban al margen de la aplicación de esta medida: los extranjeros con permiso de residencia, los apátridas, los refugiados, los indocumentados, las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género y las víctimas del delito de trata de seres humanos. En cambio, en los supuestos de extranjeros con autorización de estancia, los ciudadanos comunitarios y los menores, la situación es diferente.

En relación con los extranjeros que disponen de autorización de estancia, ya sea con carácter general mediante visado (art. 30 LOEx) o mediante la autorización a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado (art. 33 LOEx), entiende un sector doctrinal que los términos empleados por el legislador en el art. 89 del CP ‘extranjero no residente legalmente en España’ dan cabida a este grupo de extranjeros, pudiendo ser beneficiarios de la expulsión sustitutiva⁸⁴. En esta línea, algunos autores argumentan que solamente en los casos de extranjeros con autorización de residencia se han valorado las circunstancias de arraigo necesarias para no poder aplicar la expulsión del art. 89 CP, no siendo así en las autorizaciones de estancia (Rodríguez Balado 2011: 41, Muñoz Ruiz 2014: 20). En una posición intermedia, la FGE sostiene que no ha de confundirse “residencia legal” con “estancia regular”, pero excluye a los estudiantes extranjeros con autorización de estancia por considerarlos similares a los extranjeros con autorización de residencia (FGE 2006: 5ss.; FGE 2011: 78ss.).

⁸³ Publicado en: «BOE» núm. 11, de 13 de enero de 2000, páginas 1422 a 1441 (20 págs.).

⁸⁴ En este sentido *vid.* ASÚA BATARRITA (2002: 70); LAFONT NICUESA (2004: 169); DE LA ROSA CORTINA (2004: 7); ARIAS SENSO (2005: 5); MONCLUS MASÓ (2008: 437); ALMEIDA HERRERO (2009: 12), entre otros.

En sentido contrario, es decir, quienes consideran que todos ellos son extranjeros que se encuentran en situación legal en el territorio por estar bajo algún tipo de autorización que justifica su permanencia en España *vid.* NAVARRO CARDOSO (2006a: 172), LEGANÉS GÓMEZ (2006: 11); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2007: 635), PUENTE SEGURA (2009: 381); BRANDARIZ GARCÍA (2011: 173); TORRES FERNÁNDEZ (2012: 169).

Es importante no perder de vista lo establecido en el art. 53.1 a LOEx que regula la infracción consistente en ‘encontrarse irregularmente en territorio español’, y que debe entenderse como equivalente al sentido de la expresión estudiada del art. 89 del CP, lo que vincula tal condición de irregularidad a la falta de obtención de la prórroga de estancia (Brandariz García 2011: 173).

En el segundo supuesto, el de los ciudadanos comunitarios o asimilados, la postura doctrinal mayoritaria es que no pueden ser expulsados por no encontrarse en el supuesto de extranjeros no residentes legalmente en España⁸⁵. Otro sector entiende que cuando los ciudadanos comunitarios se encuentren en algunos de los supuestos del art. 15 del RD 240/2007⁸⁶, se podrá impedir la entrada, denegar la inscripción en el registro central de extranjeros y ordenar la expulsión o devolución por razones de orden público, seguridad o salud pública⁸⁷ (FGE 2001: 84). Si bien atendiendo al art. 27.2⁸⁸ de la Directiva 2004/38/CE parece obvio pensar que los supuestos contemplados en el art. 15 del RD 240/2007 son motivos graves que permiten expulsar a sujetos extranjeros pero pensada para circunstancias de una severidad superior a las contempladas para la expulsión sustitutiva (Brandariz García 2011: 175).

Finalmente, en el caso de los menores extranjeros no acompañados, la postura mayoritaria a la que me sumo, es que no les sería de aplicación lo establecido en el art. 89 del CP por no regirse su responsabilidad penal por el CP sino por la LORPM, en la

⁸⁵ En este sentido véase ARIAS SENSO (2005: 6); NAVARRO CARDOSO (2006a: 172); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2007: 636); ALMEIDA HERRERO (2009: 12); FERNÁNDEZ AREVALO (2010: 20-21); DE LA ROSA CORTINA (2004: 6). También véase STS 1116/2007, de 29 de noviembre.

Aunque algún país de la Unión Europea contempla la expulsión de ciudadanos comunitarios, como el caso italiano, regulado en el art. 235 del *Codice Penale* (BRANDARIZ GARCÍA 2011: 173). Un análisis sobre la politización de la inmigración comparando el caso italiano y el español en CARAMMIA Y GARCÍA LUPATO, 2008.

⁸⁶ 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. Publicado en: «BOE» núm. 51, de 28 de febrero de 2007.

⁸⁷ Respecto del delito de tráfico de estupefacientes realizado por bandas organizadas realizado por un nacional de la UE el Tribunal de Justicia de la UE se ha posicionado acordando la expulsión *vid.* Asunto LAND BADEN-WÜRTTEMBERG contra PANAGIOTIS TSAKOURIDIS. Sentencia de 23 noviembre 2010.

⁸⁸ Art. 27.2 de la Directiva 2004/38/CE establece: ‘las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas’.

que no se recoge la medida de expulsión y su aplicación sería contraria al principio de legalidad (Díaz y García Conlledo 2007: 638; Torres Fernández 2012: 188; Salvador Concepción 2012: 537). En sentido contrario LÓPEZ LÓPEZ (2011: 9ss.) discrepa en base a la Disposición Final 1ª de la LORPM⁸⁹, que establece que subsidiariamente se podrá aplicar el derecho penal de adultos, si bien modulando su aplicación en base al principio del interés superior del menor.

b) Momento de verificación de la irregularidad.

El segundo presupuesto a tener en cuenta en la aplicación de la expulsión del art. 89 del CP (tanto en la modalidad de sustitución íntegra como parcial) es la cuestión sobre el momento de verificación de la situación de irregularidad. Se trata de un aspecto no del todo claro, y menos aún tras la reforma operada por la LO 5/2010, que establece el momento de decisión de la sustitución por expulsión tanto en sentencia como en auto posterior⁹⁰.

La discusión doctrinal sobre esta cuestión gira en torno a si la condición de irregular se ha de tener en cuenta en la fecha de comisión de los hechos, o en el momento en que se toma la decisión de expulsión, independientemente de que se acuerde en sentencia o en auto posterior. Esta cuestión deviene importante teniendo en cuenta el espacio temporal que puede haber desde la comisión de los hechos hasta la decisión de la sustitución, ya sea en sentencia o en ejecución.

Sobre este aspecto, la FGE (2011 86) establece: 'la ley no se refiere al momento de comisión de los hechos...sólo habrá que tomar en cuenta su situación en el momento de adoptarse la decisión sustitutiva o, si hubiera un cambio de circunstancias, incluso en el momento posterior'.

⁸⁹ Derecho supletorio. 'Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma.

⁹⁰ La nueva redacción del art. 89 del CP tras la reforma operada por la LO 1/2015 establece como norma general que el acuerdo sobre la expulsión sustitutiva se produzca en fase de sentencia, pero no elimina la posibilidad de sustituir en auto posterior, por lo que respecto a esta cuestión no se aprecian modificaciones respecto de la redacción anterior dada por la LO 5/2010.

Lo que plantea la FGE es que la comprobación de la irregularidad se ha de realizar cuando se vaya a decidir sobre la sustitución por expulsión, sea en sentencia o en fase de ejecución de la misma, y además, que esta condición ha de persistir en el momento de la ejecución de la condena, dado que la ley no exige que sea en la fecha de comisión de los hechos. El fundamento de esta cuestión radica en entender que la expulsión sustitutiva es una medida de seguridad y no una pena, y por ello, han de tenerse en cuenta las posibles variaciones de la situación personal y administrativa que se puedan ir produciendo desde el momento de comisión de los hechos (STS 792/2008, de 4 de diciembre)⁹¹.

Este planteamiento no tiene en cuenta la situación administrativa del extranjero en el momento de comisión de los hechos, lo que implica según algunos autores ‘subordinar la norma penal a consideraciones administrativas para el control de fronteras’ (Brandariz García 2011: 177), dado que, de no ser así, la respuesta penal debería ser consecuencia de los hechos cometidos en un determinado momento, y no de las circunstancias personales del reo en el momento de la decisión sustitutiva.

La limitación planteada por la FGE es relevante en el supuesto en que la situación administrativa del extranjero en el momento de comisión de los hechos sea regular, pero que en el momento de la toma de decisión su situación haya cambiado a irregular, (situación bastante probable teniendo en cuenta los requisitos exigidos por la legislación para mantener su situación de regularidad), lo que alude a una estrategia para evitar la inmigración irregular.

Sobre el momento más adecuado para valorar la situación administrativa del extranjero –el momento de la comisión de los hechos, o el momento en que se valore la

⁹¹ De esta misma opinión véase PUENTE SEGURA (2009: 382); COMAS D’ARGEMIR *et al.* (2012: 5); MARTÍNEZ PARDO (2012: 40, 45). En este mismo sentido STS 918/2012, de 10 de octubre, que especifica que especialmente en casos en que haya pasado un largo periodo de tiempo entre la decisión en sentencia y la efectiva ejecución –supuestos de sustitución parcial-

En sentido contrario véase el ATC 331/1997, de 3 de octubre que estableció: ‘las afirmaciones de la demanda en el sentido de que, en el momento actual, el actor desarrolla un trabajo remunerado y convive con una española son irrelevantes. Se refieran a un momento muy posterior al que fue tenido en cuenta para decidir sobre su expulsión de España, y ni siquiera han podido ser aportados y apreciados por la sala contencioso- administrativa’. En esta misma línea *vid.* SAP 58/2006 de Castellón de 7 de febrero.

sustitución por la expulsión- la solución considero más idónea sería valorar la irregularidad del sujeto en la fecha de comisión de los hechos por una cuestión de seguridad jurídica⁹². De igual modo, tener en cuenta la situación de irregularidad en el momento de comisión de los hechos, evitaría subordinar el derecho penal al derecho administrativo para el control de fronteras, independientemente de que posteriormente al cumplimiento de la condena pudiera acordarse la expulsión administrativa.

De igual modo, en el supuesto en que la persona tuviera un estatus de irregularidad en el momento de comisión de los hechos, pero en el momento de acordarse la expulsión (tanto en la fase de juicio oral como de ejecución) su situación fuera de regular, carecería de sentido acordar la expulsión por no cumplirse el presupuesto subjetivo del art. 89 del CP (Brandariz García 2011: 178).

3.4 Presupuestos objetivos.

Otros dos presupuesto necesarios que se establecen en el art. 89 del CP para poder acordar la sustitución por la expulsión son: i) que las penas han de ser privativas de libertad –prisión, localización permanente y responsabilidad personal por impago de multa (en adelante RPSPIM)- y, ii) que el delito por el que el extranjero ha sido condenado, no esté regulado en los art. 312, 313 y 318bis del CP⁹³.

Si bien estas cuestiones parecen claras, no están exentas de un debate doctrinal y jurisprudencial que gira en torno a si se puede producir la sustitución de todas las penas privativas de libertad reguladas en el art. 35 del CP o por el contrario, sólo de la pena de prisión. Y, también sobre si solamente están exentos los delitos especificados en la norma o existen otras posibilidades que impidan su sustitución.

a) Penas susceptibles de la aplicación de la expulsión.

Desde que se incorporara la expulsión de extranjeros en el Derecho Penal en 1995 hasta la redacción dada por la LO 5/2010, las penas que son susceptibles de sustitución

⁹² En este mismo sentido *vid.* BRANDARIZ GARCÍA (2011: 177).

⁹³ Para un análisis más exhaustivo sobre la imposibilidad de acordar la expulsión en determinados delitos *vid.* Apartado 3.6. Supuestos en que no se procede a la sustitución por expulsión del presente Capítulo. Págs. 59ss.

por esta medida son las penas privativas de libertad, tanto en la modalidad de sustitución completa (art. 89.1 del CP) como parcial (art. 89.5 del CP)⁹⁴.

Con respecto a la modalidad de expulsión contemplada en el art. 89.1 del CP, es necesario para poder proceder a la sustitución por expulsión que las penas sean privativas de libertad y que su duración sea inferior a 6 años. Y en el caso de la expulsión parcial, se exige al igual que en la modalidad anterior, que sean privativas de libertad pero además que la persona ‘hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena’. A diferencia de la modalidad de sustitución íntegra, en este segundo supuesto de sustitución no se establece un límite máximo de duración de la pena privativa de libertad⁹⁵.

Dado que el legislador establece penas privativas de libertad, en principio, cabría una interpretación amplia según lo establecido en el art. 35 del CP, es decir, se podrían sustituir por la expulsión penal del territorio, la prisión, la localización permanente y la RPSPIM⁹⁶. En palabras de BRANDARIZ GARCÍA de los tres tipos de penas catalogadas como privativas de libertad, parece coherente que la prisión sea susceptible de sustitución por la expulsión, primero porque se recoge en la norma la duración de 6 años -duración más acorde con el cumplimiento de una pena de prisión-, en segundo lugar, porque establece en la modalidad de expulsión parcial el que se hubiera accedido al tercer grado penitenciario o se hubieran cumplido las tres cuartas partes de la condena (se establece este periodo por ser el límite mínimo para poder otorgar el beneficio penitenciario de la libertad condicional) y finalmente porque se recoge en el art. 89 del CP se ‘aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España’ (2011: 179).

⁹⁴ Con la nueva redacción dada al art. 89 del CP por la LO 1/2015 se limita la aplicación de la expulsión sustitutiva a la pena de prisión.

⁹⁵ La LO 5/2010 modifica la modalidad parcial de sustitución, eliminando el límite de los 6 años, lo que supone que tras la reforma, la sustitución del art. 89.5 del CP se puede acordar con independencia de la duración de la pena privativa de libertad impuesta.

La nueva redacción del art. 89 del CP tras la reforma operada por la LO 1/2015 reduce el límite de aplicación de una modalidad y otra a 5 años.

⁹⁶ En este sentido *vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2007: 638); MUÑOZ LORENTE (2004: 426); NAVARRO CARDOSO (2006a: 173).

Por tanto, la siguiente cuestión es si todas las penas privativas de libertad son susceptibles de sustitución por expulsión, o solamente la pena de prisión. Sobre este particular, la postura mayoritaria adoptada por la doctrina es que solamente la prisión es susceptible de sustitución por la expulsión⁹⁷. En cambio, un sector doctrinal⁹⁸ entiende que los tres tipos de penas privativas de libertad pueden ser sustituidas por la expulsión a tenor del art. 35 del CP.

Junto al tipo de pena susceptible de sustitución que se establece en la norma, no hay que olvidar lo establecido en el párrafo segundo del art. 89 del CP en cuanto al periodo de no regreso⁹⁹, ya que la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión lleva asociada necesariamente una prohibición de entrada posterior, lo que agrava más, si cabe, la aplicación de la expulsión sobre todo en los supuestos de la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

Retomando el debate planteado anteriormente, la postura doctrinal que defiende que sólo la prisión ha de ser susceptible de sustitución por expulsión, entiende en primer lugar que la pena de localización permanente es una pena menos grave (de 3 meses y 1 día a 6 meses) o leve (de 1 día a 3 meses)¹⁰⁰ y que por su contenido ya supone por sí misma un paliativo de los efectos desocializadores de la prisión (Torres Fernández 2012: 221).

La localización permanente se caracteriza por la obligación por parte del penado de permanecer en su domicilio o en un lugar determinado por el Juez, fijado en sentencia o posteriormente en auto, pudiendo cumplirse de forma discontinua los sábados,

⁹⁷ Así lo entienden DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2007:639); PUENTE SEGURA (2009: 385SS.); BRANDARIZ GARCÍA (2011: 181).

⁹⁸ En este sentido véase NAVARRO CARDOSO (2006a: 173); FGE (2011: 87); CORCOY BIDASOLO Y MIR PUIG (2011: 229).

⁹⁹ Tras la reforma operada por la LO 5/2010 se ha pasado de un plazo de no regreso de 10 años a un plazo más flexible que oscilará entre los 5 y 10 años de duración. Aspecto que se mantiene inalterable tras la reforma operada por la LO 1/2015.

¹⁰⁰ Antes de la reforma operada por la LO 5/2010, la localización permanente era una pena leve (art. 33.4 g) del CP) contemplada únicamente para las faltas. De igual modo, la anterior redacción del art. 89 del CP establecía ‘...aprecie que la naturaleza del delito’. En base a estas dos circunstancias existía otro argumento más para la doctrina defensora que sólo la pena de prisión ha de ser sustituida por la expulsión.

En esta misma línea la FGE apuntaba: ‘cuando la localización permanente se imponga por faltas, su sustitución por expulsión sería contraria a los principios de concentración y celeridad que presiden el procedimiento por infracciones leves’ (2006: 9).

domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado siempre y cuando esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción (art. 37 del CP). Su sustitución en los supuestos en que esté prevista como pena principal tiene sentido si esta sustitución se produce por otra alternativa menos gravosa, pues la localización es en sí misma una alternativa a los efectos nocivos del ingreso en prisión (Torres Fernández 2012: 222).

En base a esta línea de razonamiento, la sustitución de la pena de localización permanente por la expulsión supondría la vulneración del principio de proporcionalidad que ha de regir en la intervención penal (Asúa Batarrita 2001: 1029), no solo por la sustitución en sí, sino por la consiguiente prohibición de entrada que como mínimo será de 5 años, por lo que en ningún caso el periodo de no regreso será proporcional a la duración de la pena privativa de libertad.

En cuanto a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa¹⁰¹, regulada en el artículo 53 del CP, se establecen dos tipos de penas por las que puede sustituirse: trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente (esta última, cuando proceda). En el apartado segundo del mismo artículo, se contempla una duración máxima de 1 año para el supuesto de multa proporcional, por lo que la aplicación de la sustitución por la expulsión incumpliría el principio de proporcionalidad vulnerándolo aún más si tenemos en cuenta el binomio expulsión-prohibición de regreso. Desde otra perspectiva, y complementado el argumento anterior, el fundamento de esta pena, esto es, la carencia de recursos económicos, no debe ser en ningún caso la circunstancia determinante para proceder a la sustitución por expulsión¹⁰². Y más teniendo en cuenta que su carácter subsidiario es consecuencia de la imposición de una pena de naturaleza pecuniaria¹⁰³.

¹⁰¹ LAFONT NICUESA (2004: 170) considera la posibilidad de poder sustituir la RPSIM por la expulsión penal.

¹⁰² En esta línea véase FGE (2006: 8); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2007: 639).

¹⁰³ Antes de la reforma operada por la LO 5/2000, existía otro argumento en contra de la sustitución de esta pena por la expulsión ya que como se establecía en la anterior redacción del art. 89 del CP, la sustitución por expulsión se tenía que acordar en sentencia. Teniendo en cuenta el carácter subsidiario de la RPSIM esta circunstancia impedía acordarla en ese momento procesal. Tras la modificación operada por la reforma, este argumento decae ante la posibilidad de acordar la expulsión en fase de ejecución. En esta misma línea *vid.* FGE (2006: 13).

Respecto a la posibilidad de sustituir la pena impuesta por la comisión de una falta por la expulsión penal, la FGE (2011: 88) considera que no es discriminatorio ni desproporcionado siempre y cuando se valore de manera objetiva la gravedad del hecho cometido. Profundizando un poco más en este argumento, sostiene que en todo caso será desproporcionada e injusta la sustitución por la expulsión si es consecuencia de la comisión de hechos aislados que no acrediten por parte del extranjero un comportamiento hostil hacia nuestro ordenamiento jurídico.

Por contra, con respecto a la RPSIM, establece que será proporcionada la sustitución por expulsión ante la comisión de una falta o de un delito cuando la comisión ‘sea la última de las manifestaciones indicadoras de una forma de vida patentemente contraria al orden público español -como lo acreditaría la existencia de una pluralidad de condenas por delito o faltas-’(FGE 2011: 88)¹⁰⁴.

Tras analizar la discusión en torno a que penas son objeto de sustitución por la expulsión, considero que la única pena sustituible es la prisión. Llegados a este punto, es necesario plantear algunas cuestiones relativas a la delimitación del máximo de 6 años.

En primer lugar, el art. 89.1 establece un límite máximo de 6 años de duración para la modalidad de sustitución íntegra, y el art. 89.5 del CP no establece ningún máximo necesario para la sustitución parcial. Ambas modalidades, al no establecer un límite mínimo, lo comparten en virtud del artículo 36.1 del CP que establece que la pena de prisión tendrá una duración mínima de 3 meses. Por debajo de este límite el art. 71.2 del CP establece que la pena de prisión será sustituida por la de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente según lo previsto en el art. 88 del CP.

Centrándonos en la redacción del art. 71.2 del CP que establece ‘en todo caso será sustituida conforme a lo dispuesto en la sección 2ª del capítulo III...’ cabría la posibilidad de sustituirla por la expulsión, por estar ubicado el art. 89 del CP en dicha

¹⁰⁴ En contra de considerar proporcionada la sustitución de la RPSPIM por la expulsión se posicionan: CAMPO CABAL (2001: 426- 427); ASÚA BATARRITA (2002: 75-76); ALMEIDA HERRERO (2009: 10).

sección¹⁰⁵, pero no cabe pensar en este tipo de sustitución atendiendo al principio de proporcionalidad y al hecho de ser consecuencia de la comisión de una falta (Torres Fernández 2012: 227).

En otro sentido, un sector doctrinal entiende que lo establecido en el art. 71.2 del CP, en el supuesto de penas inferiores a 3 meses, obliga conforme a lo dispuesto en el art. 88 del CP, estando limitada su aplicación por lo establecido en el art. 88.3 del CP que recoge: ‘en ningún caso se podrán sustituir penas que sean substitutivas de otras’¹⁰⁶.

El segundo interrogante que se ha planteado con respecto a la sustitución de la pena de prisión por la expulsión es el relativo a si se tiene que tomar en consideración la pena en abstracto o si, por el contrario, debe atenderse a la efectivamente impuesta (Brandariz García 2011: 182). Sobre este concreto aspecto, la FGE establece ‘que según la literalidad del artículo 89 del CP, lo determinante para decidir la procedencia o no de la expulsión substitutiva no será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá de tenerse en cuenta la concreta pena que se ha impuesto en sentencia’ (FGE 2011: 90)¹⁰⁷.

La tercera cuestión planteada es si el límite máximo regulado en la modalidad de expulsión completa del art. 89.1 del CP se refiere a la suma total de las penas impuestas a un extranjero o por el contrario a cada una de ellas. Sobre esta cuestión, la STS 521/2010, de 26 de mayo¹⁰⁸ pone de manifiesto la discusión al respecto. Una parte de la doctrina se posiciona en la segunda opción por entender que nada impide aplicar la expulsión en los casos en que la suma de las penas supere el límite de los 6 años ya que si bien el artículo 89.1 del CP no lo especifica, el hecho de que en el precepto se utilice

¹⁰⁵ En este sentido véase NIFONT NICUESA (2004: 170).

¹⁰⁶ En esta línea *vid.* DE LA ROSA CORTINA (2004: 4); FGE (2006: 9); ÚBEDA DE LOS COBOS (2006: 5); ALMEIDA HERRERO (2009: 10).

¹⁰⁷ En este sentido *vid.* FLORES MENDOZA (2002: 117); LEGANÉS GÓMEZ (2009: 526).

¹⁰⁸ Se establece en la STS 521/2010, de 26 de mayo: ‘el art. 89 CP es impreciso en algunos aspectos, dejando en la penumbra ciertos interrogantes, tales como si el límite de los 6 años de prisión ha de referirse a la pena asignada a cada uno de los delitos o hace referencia a la suma de todas por las que se condena en una sentencia, o si el cómputo de la condena impuesta se refiere a la establecida en una sentencia o en varias si los delitos pudieran haberse juzgado conjuntamente’.

el plural ‘las penas privativas de libertad inferiores a 6 años...’ está posicionando el debate¹⁰⁹.

Este razonamiento se justifica aludiendo al supuesto del art. 81.2 del CP (suspensión de la condena) en el que sí se establece que su límite máximo de 2 años puede alcanzarse tanto con la suma de varias penas como por una sola. Con respecto a la otra alternativa planteada, algunos autores¹¹⁰ sostienen que es más razonable imposibilitar la expulsión cuando la suma de las penas supere el límite máximo, justificándolo con la posibilidad de expulsión parcial posterior contemplada en el art. 89.5 del CP.

b) Delitos a los que no se puede aplicar la expulsión.

El art. 89 del CP establece en sus apartados 1º y 5º que las penas privativas de libertad podrán ser sustituidas por la expulsión del territorio nacional. En base a esta redacción, los delitos que pueden dar lugar a la aplicación de la expulsión penal serán todos aquellos que lleven asociados el cumplimiento de una o varias penas de prisión, de localización permanente o de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Siguiendo con el precepto, en el apartado 7º del art. 89 del CP se establece una excepción a la aplicación de la expulsión penal, referida a la comisión de delitos relacionados con la inmigración irregular, específicamente los arts. 312 (tráfico ilegal de mano de obra), 313 (inmigración ilegal mediante engaño) y 318 bis (tráfico ilegal de personas) del CP¹¹¹.

Con anterioridad a la reforma del año 2010, el art. 89.4 del CP excepcionaba de su aplicación los arts. 312 (tráfico ilegal de mano de obra), 318 bis (tráfico ilegal de personas), 515.6.^o¹¹² (asociaciones ilícitas que promuevan el tráfico ilegal de personas),

¹⁰⁹En este sentido véase ASÚA BATARRITA (2002: 77); FGE (2006: 8); LEGANÉS GÓMEZ (2009: 526); ÚBEDA DE LOS COBOS (2006: 6).

También en esta misma línea *vid.* STSS 901/2004, de 8 de julio; 1400/2005, de 23 de noviembre; 1231/2006 de 23 de noviembre, y 792/2008, de 4 de diciembre.

¹¹⁰ Véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2007: 659ss.); BRANDARIZ GARCÍA (2011: 182).

¹¹¹ Para un análisis más exhaustivo en materia de inmigración irregular y trata de seres humanos *vid.* LAURENZO COPELLO, 2003; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2005; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2008.

¹¹² El apartado 6º del art. 515 quedó derogado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, pero el art. 89 del CP siguió contemplándolo. Los art. 517 y 518 del CP aluden al nº 6º del art. 515 del CP. En este sentido *vid.* LEGANÉS GÓMEZ (2006: 39), DE LA ROSA CORTINA (2004: 3), FGE (2006: 16) que

517 (fundación, dirección y presidencia de asociaciones ilícitas, miembros activos de asociaciones ilícitas) y 518 (favorecimiento de fundación, organización o actividad de determinadas asociaciones) del CP.

La doctrina¹¹³ abogó para que se incluyera en este catálogo de delitos el art. 313 del CP por estar relacionado con la inmigración irregular. Con la reforma de la LO 5/2010 se incluye el art. 313 del CP y por otro lado se eliminan los delitos de los arts. 515.6º, 517 y 518 del CP¹¹⁴.

Por otra parte, el art. 89.7 del CP se ha de poner en conexión con el art. 57.8 de la LOEx¹¹⁵ porque una vez que el extranjero cumpla la pena privativa de libertad asociada a alguno de estos delitos, se procederá por parte de la autoridad gubernativa a ejecutar la expulsión administrativa. Sobre la concurrencia de estas dos situaciones, es decir, el cumplimiento de la pena privativa de libertad por la comisión de alguno de los delitos enumerados en el art. 89.7 del CP, y la expulsión gubernativa una vez cumplida la condena en base al art. 57.8 de la LOEx, surge la cuestión de una posible vulneración del principio de *non bis in ídem* al encontrarnos ante una doble sanción. En este supuesto DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2007: 662) opinan que no habría una vulneración del *non bis in ídem* porque el cumplimiento de la pena privativa de libertad es consecuencia de la comisión de un delito mientras que la expulsión administrativa, que es posterior, se debe al hecho de encontrarse el extranjero en situación administrativa irregular.

3.5 Carácter preceptivo o discrecional.

El margen de decisión del órgano judicial sobre la aplicación del art. 89 del CP ha variado notablemente desde la primera redacción dada en el CP del 95 hasta la

aluden a que esta circunstancia produce que estos artículos queden vacíos de contenido. Por el contrario, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2007: 661-662), consideran que no está clara la conexión de los arts. 517 y 518 del CP, y el art. 515.6º del CP y que lo que pretendía el legislador era excluir de la aplicación de la expulsión los delitos cometidos en el seno de ciertas asociaciones ilícitas, aunque no estuvieran necesariamente relacionados con la inmigración.

¹¹³ En este sentido *vid.* NAVARRO CARDOSO (2004: 6, 23), RODRÍGUEZ MESA (2006: 278), DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2007: 661); TERRADILLOS BASOCO (2007: 276).

¹¹⁴ LAFONT NICUESA (2005: 47) que debería de incluirse el delito de ablación previsto en el art. 149.2 del CP porque tras la comisión del delito, el extranjero volverá al país donde imperan las creencias religiosas teniendo la posibilidad de seguir realizando tales actos.

¹¹⁵ Art. 57.8 de la LOEx: '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'.

redacción operada por la LO 5/2010. En palabras de TORRES FERNÁNDEZ la finalidad de tales reformas ha sido la de ampliar las posibilidades de aplicación de la expulsión hasta convertirla en la respuesta generalizada a la delincuencia de extranjeros en situación irregular por la vía del carácter preceptivo para el órgano judicial (2012: 189).

La redacción original del art. 89 en el CP del 95 establecía para la modalidad de sustitución completa: ‘las penas privativas de libertad (...) **podrán ser sustituidas** por la expulsión del territorio nacional’ y para la modalidad de sustitución parcial ‘Igualmente, los Jueces o Tribunales (...) **podrán acordar...**’¹¹⁶, es decir, en ambas modalidades la sustitución por la expulsión tenía carácter potestativo para el órgano judicial. Y este carácter discrecional no venía delimitado por criterios que ayudaran al Juez o Tribunal a tomar una decisión sobre la sustitución por la expulsión, como sí ocurría con otros substitutivos penales¹¹⁷. Por tanto, durante la vigencia de este precepto se puede afirmar que la expulsión como substitutiva de la pena gozaba de discrecionalidad judicial para su aplicación, excluyendo por ello la posibilidad de interponer recurso contra las decisiones judiciales¹¹⁸.

Posteriormente, con la LO 11/2003, de 29 de septiembre, se modifica el art. 89 del CP y se establece la obligatoriedad de la sustitución por expulsión como criterio general¹¹⁹. Como se afirma en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003: ‘con la finalidad de lograr una mayor efectividad en la aplicación de esta medida evitando que la pena y su

¹¹⁶ En la misma línea el art. 57.7 de la LOEx que establecía el carácter potestativo de la autorización de expulsión en el caso de extranjeros procesados por delito.

¹¹⁷ A diferencia del art. 89 del CP, la suspensión de la condena regulada en el art. 80 del CP establecía la necesidad de valorar la peligrosidad del sujeto y el art. 88 del CP establecía que para sustituir la pena era necesario valorar las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado.

¹¹⁸ La STS 919/1999 de 2 de junio establece: ‘el Tribunal ha ejercitado una facultad discrecional de primer grado que le otorga la Ley, como se deduce del empleo de la expresión legal ‘podrán’ de que se hace uso en el precepto y, por tanto, no censurable en casación, ya que – una vez acreditada la residencia ilegal del acusado–, se trata de una decisión del juzgador no sometida a condición, pues si así fuera sí que podría ser impugnada casacionalmente alegándose la falta de concurrencia de dichas condiciones, que sería el llamado arbitrio de segundo grado. Por lo demás, la desestimación de la medida postulada debe entenderse acorde con el fin de prevención general que se encuentra ínsito en la pena y en la ejecución y el cumplimiento de la misma, objetivo que quedaría severamente deteriorado al menos entre el notable número de extranjeros que residen irregularmente en España’.

En esta misma línea véase SSTs 929/1998, de 13 de julio; 1144/2000, de 4 de septiembre; 1381/2000, de 11 de septiembre.

¹¹⁹ En la misma línea modifica también el art. 57.7 de la LOEx.

cumplimiento se convirtieran en formas de permanencia en nuestro país quebrantando así el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto¹²⁰.

Esta reforma determinó que el art. 89 CP quedase redactado como sigue:

‘Las penas privativas de libertad inferiores a seis años **serán sustituidas**, en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España’ (subrayado añadido).

Y para el supuesto de modalidad parcial:

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

Por tanto, lo que antes de la reforma de la LO 11/2003 era una sustitución discrecional sin criterios que orientaran a los órganos judiciales, tras ésta se convierte en la regla general para el supuesto de extranjeros en situación irregular, con una única excepción en su aplicación: ‘la naturaleza del delito’.

A partir de ese momento la aplicación se conceptualiza como automática¹²¹, a excepción de aquellos supuestos en los que basándose en circunstancias relativas a la naturaleza del delito, el órgano judicial, motivadamente, decidiera denegarla. De esta

¹²⁰ En este sentido la FGE establece: ‘el legislador desea una aplicación de manera generalizada de la medida de expulsión, solamente susceptible de derogación en casos excepcionales (...) la regla general podrá ser derogada mediante una decisión motivada del órgano jurisdiccional (...) en este examen de los tipos penales que pueden exigir que la pena impuesta se cumpla en España, debe partirse de la ponderación de la *voluntas legis* de poner en primer plano el interés del Estado en evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España (2006: 17).

¹²¹ En este sentido véase FGE (2006: 17); NAVARRO CARDOSO (2006a: 161); CANCIO MELIA (2007: 196); FERNÁNDEZ ARÉVALO (2010: 25).

manera, y según el precepto, la motivación de la resolución sólo era necesaria cuando el Juez o Tribunal decidieran no aplicar la expulsión.

En poco tiempo se evidenció que este cambio de criterio en la aplicación de la expulsión resultaba problemático (Díaz y García Conlledo 2007: 693). En primer lugar, porque permite intuir una clara desconfianza hacia los órganos judiciales al limitarles su capacidad de decisión¹²². En segundo lugar, porque este cambio de criterio desatiende lo establecido por el TC en los supuestos de expulsión administrativa (SSTC 242/1994, de 20 de julio, 203/1997, de 25 de noviembre) en que se había sugerido de manera reiterada la restricción en la aplicación de la expulsión¹²³. Y por último, la interdicción del criterio automático en la aplicación de la expulsión sin la necesidad de valorar criterios individualizados se basa en el mismo fundamento que impide las expulsiones colectivas (Asúa Batarrita 2002: 52; Díaz y García Conlledo 2007: 655).

El carácter problemático de la expulsión se puso de manifiesto en la STS 901/2004 de 8 de julio¹²⁴ marcando, desde ese momento, una línea jurisprudencial que matiza el carácter preceptivo de la expulsión. En la STS se señala:

‘Para lograr la adecuada ponderación y 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 del penado y la motivación en la decisión.** Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como la 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.

¹²² Señalan TERRADILLOS BASOCO (2007: 276) y MONCLÚS MASÓ (2008:424) que no parece acorde con el principio constitucional de independencia judicial que se elimine la discrecionalidad judicial en este ámbito.

¹²³ Apuntan ASÚA BATARRITA (2002: 48ss) y MONCLÚS MASÓ (2008: 433) que este planteamiento tiene más sentido en los supuestos de expulsión contemplados en el CP, en la medida en que se trata de evitar que los postulados del ordenamiento penal se subordinen al régimen de fronteras.

¹²⁴ Un análisis más exhaustivo de la STS 901/2004, de 8 julio en DURÁN SECO, 2005; GIMÉNEZ GARCÍA, 2005: 225-203).

Una vez más hay que recordar que, todo juicio es un concepto esencialmente individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la pena, es obvio que también debe serlo en aquellas medidas sustitutivas de la prisión' (subrayado añadido).

Como se ha señalado, esta sentencia inicia una línea jurisprudencial¹²⁵ que, con la finalidad de mejorar determinados aspectos del art. 89 del CP, va más allá de la voluntad del legislador y de la letra de la norma¹²⁶.

Entre los diversos elementos de innovación, establece el trámite de audiencia del penado, que sí venía contemplado en la redacción original del art. 89 CP pero que posteriormente fue suprimido por el legislador con la reforma de la LO 11/2003¹²⁷; en segundo lugar, introduce la necesidad de motivar siempre la resolución sobre la expulsión, presupuesto que en el precepto está contemplado solamente en el supuesto de denegación de la sustitución por la expulsión¹²⁸; en tercer lugar, la necesidad de valorar no sólo la naturaleza del delito, sino también las circunstancias personales del condenado, arraigo y situación familiar¹²⁹; en cuarto lugar, la exigencia de que las partes acusadoras soliciten la sustitución por expulsión, por lo que aquella no puede ser acordada de oficio¹³⁰.

Otro elemento innovador fue que la sustitución de la expulsión podía acordarse en sentencia pero también en fase de ejecución en los supuestos en que no se hubiera producido el debate contradictorio¹³¹. En esta línea el TS estableció que otro motivo de no aplicación de la expulsión surgía cuando el extranjero hubiera estado bastante

¹²⁵ Continúa la STS 901/2004, de 8 de julio: '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'.

En este sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2007: 655) consideran que la interpretación dada por el TS en esta y en posteriores resoluciones ha sido cuestionada por exceder de su competencia y por poder constituir una vulneración del principio de legalidad y generar inseguridad jurídica. Lo acertado hubiera sido que los órganos judiciales hubieran planteado cuestiones de inconstitucionalidad.

¹²⁶ En este sentido véase STS 1249/2004, de 28 de octubre.

¹²⁷ El TC ha afirmado en varias ocasiones que aunque se omita por parte de la ley correspondiente, el trámite de audiencia es una exigencia que se deriva del art. 24 de la CE.

¹²⁸ Consideran DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2007: 666) carente de base el requisito de la motivación ya que la sentencia ha de motivarse necesariamente.

¹²⁹ Sobre los derechos fundamentales del extranjero condenado que pueden verse afectados por el acuerdo de la expulsión sustitutiva *vid.* LÓPEZ LORENZO, 2005.

¹³⁰ En este sentido *vid.* STS 1162/2005, de 11 de octubre.

¹³¹ En esta línea véase STS 1249/2004 de 28 de octubre.

tiempo en prisión preventiva como medida cautelar, porque en estos supuestos la posterior sustitución por la expulsión podría suponer una doble penalidad¹³².

Por último, merece señalarse que, si bien ocasionalmente, el TS ha considerado un argumento válido para no aplicar la expulsión sustitutiva el considerar que dicha medida resulta discriminatoria respecto de otros colectivos, tales como los autóctonos y los extranjeros en situación regular (STS 1120/2005, de 28 septiembre).

Por tanto, el carácter preceptivo de la expulsión es finalmente matizado, no sólo por la interpretación dada a 'la naturaleza del delito'¹³³ sino por los demás elementos que el TS ha ido incorporando a la interpretación del art. 89 del CP.

En síntesis, si bien la reforma de la LO 11/2003 de 29 de septiembre, pretendía conferir un carácter preceptivo a la expulsión como regla general para los extranjeros en situación irregular, la realidad es que la interpretación jurisprudencial iniciada con la STS 901/2004 logra revertir el carácter preceptivo y vuelve a convertir la expulsión en una opción discrecional para los órganos judiciales.

Finalmente, la redacción del art. 89 del CP dada por la LO 5/2010, de 22 de junio establece para la modalidad de sustitución completa:

'Las penas privativas de libertad inferiores a 6 años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España **serán sustituidas** en la sentencia por la expulsión del territorio nacional, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado (...) aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España' y para la modalidad de sustitución parcial: 'Los jueces o tribunales (...) previa audiencia del penado (...) **acordarán** en sentencia o durante su ejecución la expulsión del territorio nacional (...)salvo que de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España' (subrayado añadido).

¹³² También véase SSTs 901/2004, de 8 de julio; 1162/2005, de 11 de octubre. En esta misma línea STC 145/2006, de 8 de mayo.

¹³³ Sobre la naturaleza del delito, se interpreta que aquellos delitos en los que la finalidad del extranjero consiste en venir a nuestro país y posteriormente irse una vez cometido el hecho típico (tráfico de drogas), debe no aconsejarse la sustitución por expulsión ya que en realidad generaría una merma de la función preventiva general. En este sentido FGE (2006: 18).

Entre las variaciones respecto al texto anterior destacan, en primer lugar, que el legislador suprime el adverbio ‘excepcionalmente’; en segundo lugar, que amplía los motivos que permiten la denegación de la expulsión, es decir, se pasa de un único motivo (la naturaleza del delito), a ‘razones que justifiquen el cumplimiento en un centro penitenciario en España’ y por último, se establece en el apartado 7 del precepto que la expulsión ‘no será de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los art. 312, 313 y 318 bis este Código’¹³⁴.

Si bien con la reforma de la LO 5/2010 el legislador quiere mantener el carácter preceptivo de la expulsión, introduce pequeñas variaciones en el precepto que dan una mayor flexibilidad o discrecionalidad a los órganos judiciales, por lo que al igual que en la anterior redacción, se puede afirmar que la expulsión sigue siendo una opción preferente en vez de obligatoria.

Sobre las razones que justifican el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario¹³⁵, el legislador no precisa los aspectos a tener en cuenta para tomar la decisión de inaplicación de la expulsión. En ausencia de estos criterios se han señalado los siguientes¹³⁶: interés del Estado en expulsar, interés del Estado en la aplicación de la pena y su cumplimiento, interés del extranjero y el interés de la víctima o perjudicado por el delito.

Por tanto, se debería tener en cuenta para valorar la aplicación/ inaplicación de la expulsión: en primer lugar, la gravedad del delito, no debiéndose aplicar la expulsión en ninguna de las dos modalidades cuando los delitos fueran de menor entidad porque se podría estar vulnerando el principio de proporcionalidad, y sí cuando fueran de una

¹³⁴ Por razones preventivo generales y preventivo especiales se pretende evitar la reiteración delictiva, para ello se limita la aplicación de la expulsión en las infracciones contra los derechos de los trabajadores vinculadas al tráfico ilegal de mano de obra o de fenómenos migratorios (arts. 312, 313 del CP) y los delitos contra los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis del CP).

¹³⁵ Algunos autores consideran que el legislador debía haber explicitado cuáles son estas razones, entre las que se tenía que haber incluido tanto la naturaleza del delito, que sí estaba mencionada en la regulación anterior del art. 89 del CP, como las circunstancias personales del extranjero. En este sentido *vid.* TORRES FERNÁNDEZ (2011: 204).

¹³⁶ La STS 366/2006, de 30 de marzo señala: ‘se trata de una resolución jurisdiccional que debe ponderar los intereses en conflicto, las circunstancias personales, la política criminal expresada en la Ley y las necesidades preventivo generales del sistema penal’.

gravedad moderada por cuestiones preventivo-generales para evitar una sensación de impunidad hacia determinadas conductas¹³⁷.

La segunda consideración a tener en cuenta sería cuando se tratase de delitos en los que el extranjero se ha desplazado desde su lugar de origen o de residencia con el fin de cometerlos y posteriormente abandonar el territorio nacional¹³⁸, siendo paradigmático el delito de tráfico de drogas¹³⁹.

Finalmente, respecto a la naturaleza del delito, algunos autores (Brandariz García 2011: 197) proponen que la gravedad del delito se considere en abstracto y no en relación a familias delictivas específicas, porque la valoración de la severidad del comportamiento puede resultar cualificada como consecuencia de la alarma social que generan determinados tipos delictivos.

Con respecto a cuestiones preventivo-especiales, el extranjero ‘tiene derecho a una individualización racional de la pena, teniendo en cuenta sus circunstancias familiares y laborales’ (STS 1231/2006, de 23 de noviembre) y a que en el proceso penal se respeten los derechos de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación¹⁴⁰. Junto a estos presupuestos, es además necesario que se respeten los derechos

¹³⁷ Sobre este criterio, BRANDARIZ GARCÍA (2011: 197) propone que las penas privativas de libertad de 2 a 4 años deberían ser contempladas con cierta cautela a la hora de aplicar la sustitución por la expulsión, pero con un matiz: para aquellas penas que por su alta duración no se considere conveniente la sustitución del art. 89.1 del CP sí pueda valorarse la aplicación de la modalidad de sustitución parcial del art. 89.5 del CP.

¹³⁸ Establece la STS 1120/2005, de 28 de septiembre: ‘la aplicación automática del art. 89 del CP está promoviendo la comisión de delitos graves dentro del territorio nacional, que quedan impunes, desvirtuándose así los efectos de prevención general y especial que tienen las penas y ocasionando evidente discriminación respecto a españoles, extranjeros legalmente residentes en España y ciudadanos de la Unión Europea. Consecuentemente con lo expuesto, como antes se expresaba, este Tribunal considera improcedente la sustitución de las penas que se imponen al acusado, pues sólo su ejecución garantiza los fines de rehabilitación, reeducación y reinserción que debe cumplir toda pena, que se haría ilusoria con la simple aplicación mecánica y automática de la expulsión del territorio nacional, sin la contemplación de factores que, como los expresados, hacen repudiable que se eluda, por la vía del incumplimiento de las penas impuestas’. En esta misma línea véase STS 531/2010, de 4 de junio. También *vid.* BRANDARIZ GARCÍA (2011: 197).

¹³⁹ En este sentido la FGE señala: ‘ha de tomarse en consideración especialmente la necesidad de afirmar el ordenamiento jurídico frente al infractor en aquellos casos que el delito revista especial transcendencia, bien por su gravedad intrínseca, como sucede en el caso de los delitos violentos, formas intentadas de delitos contra la vida, delitos contra la libertad sexual, o bien las particulares circunstancias de sus autores o los fines perseguidos por ellos: delincuencia organizada, de ámbito internacional, bandas armadas y terroristas, o cuando se trate de supuestos de víctimas con especiales necesidades de protección’. (2011: 94).

¹⁴⁰ En este sentido véase SSTS 791/2010, de 28 de septiembre; 1016/2010, de 24 de noviembre.

fundamentales del extranjero que se han ido consolidando en el Derecho Internacional y que exigen un proceso sujeto al principio de legalidad, que asegure la defensa del extranjero, la posibilidad de recurrir la decisión de expulsión, la prohibición de expulsar cuando exista riesgo de ser sometido a tortura en el país de destino, o cuando la expulsión suponga una vulneración del derecho a la vida familiar, que no esté justificada por la necesidad de protección de la seguridad nacional, seguridad pública o la prevención del desorden o el crimen¹⁴¹.

Esto implica que se han de valorar las circunstancias personales del extranjero para decidir sobre la sustitución por la expulsión, que no debería llevarse a cabo cuando dichas circunstancias pronosticaran, tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad, una expectativa de reintegración (Brandariz García 2011: 198).

Para ello, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), para ponderar el grado de integración del extranjero en la sociedad española será necesario valorar los siguientes criterios (FGE 2011: 95-99)¹⁴².

1. El arraigo de permanencia: se ha de valorar el tiempo de permanencia en nuestro país, siendo especialmente importante cuando se trate de inmigrantes de segunda generación o cuasi nacionales, es decir, que hayan nacido en el país de acogida¹⁴³ y, por otro lado, se ha de valorar la actividad laboral como compensación a la falta de arraigo en España. Para ello, el extranjero deberá acreditar que la actividad laboral le permite mantener unas condiciones de estabilidad y viabilidad futuras¹⁴⁴.
2. El arraigo familiar: sobre este criterio el TEDH ha señalado: ‘excluir a una persona de un país donde viven sus parientes próximos puede constituir una

¹⁴¹ Arts. 3, 5, 8, 13 y el art. 4 del Protocolo Adicional nº 4. Para un análisis más exhaustivo *vid.* Apartado 4. ‘La expulsión penal desde la perspectiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Estrasburgo’ del Capítulo III. Págs. 204.

¹⁴² Sobre el concepto jurídico de arraigo en la doctrina judicial véase CARBAJAL GARCÍA (2012: 68-71).

¹⁴³ En este supuesto la FGE afirma: ‘En todos estos casos, salvo que concurrieran circunstancias extraordinariamente graves y poderosas, la expulsión sería patentemente desproporcionada’. (2001: 96).

¹⁴⁴ Puntualiza la FGE que si la permanencia en nuestro país ha sido más o menos larga, pero la actividad laboral se ha basado en la comisión de hechos delictivos, la sustitución por expulsión es adecuada (2011: 97). También véase ATS 1527/2009, de 25 de junio.

injerencia en el respeto al derecho a la vida privada y familiar, protegida por el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH)¹⁴⁵. Para poder valorar la existencia de arraigo será necesario que el extranjero acredite no sólo la permanencia de sus familiares más próximos en el país de acogida, sino la existencia de relaciones reales y efectivas de vida familiar, incluso de mutua dependencia. Será necesario para no aplicar la medida de expulsión que la vida familiar exista en el momento que la expulsión va a ser efectivamente ejecutada.

Junto a estos criterios se plantea que se tengan en cuenta para valorar las circunstancias personales del extranjero los supuestos de los arts. 57.5¹⁴⁶ y 57.6¹⁴⁷ de la LOEx que imposibilitan la expulsión administrativa, y que resumidamente son: circunstancias tanto personales (mujeres embarazadas) como administrativas en que pueden encontrarse los extranjeros objeto de expulsión, así como la imposibilidad de vulnerar el principio de no devolución.

¹⁴⁵ En este sentido véase el Asunto ERME contra SUIZA (STEDH de 22 de mayo de 2008). En el Asunto MEHEMI contra FRANCIA (STEDH de 26 de septiembre de 1997) señala: ‘Las circunstancias a valorar consisten fundamentalmente en los efectos negativos que puedan producirse como consecuencia de la separación de los componentes del grupo familiar provocada por la expulsión, tanto en la relación con el extranjero extrañado como para los que dependen de él. Es obvio, que si sus familiares íntimos acompañan al extranjero en su extrañamiento supondría que también son expulsados’.

¹⁴⁶ Art. 57.5 de la LOEx: ‘La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:

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’

¹⁴⁷ Art. 57.6 de la LOEx: ‘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’.

Todo lo expuesto deja un margen de aplicación de la expulsión muy limitado en ambas modalidades y sobre todo en la expulsión del art. 89.5 del CP si se atiende a postulados de proporcionalidad, resocialización y de prohibición del *non bis in ídem*. De hecho, el problema que se cierne sobre la decisión de aplicar la expulsión penal del art. 89 del CP es que, al no responder a criterios penales sino a una política del control de los flujos migratorios, la aplicación se reduce finalmente a casos excepcionales.

3.6 Supuestos en que no se procede a la sustitución por expulsión.

Entre las finalidades que se atribuyen a la expulsión del art. 89 del CP dentro del ordenamiento penal se encuentra la de preservar los fines de la política de extranjería por encima de finalidades de prevención general y especial del ordenamiento jurídico justificativas de la existencia de las penas.

A lo largo del presente capítulo se han ido poniendo de manifiesto diversas excepciones a la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión penal. Hay que diferenciar entre las excepciones contenidas en el art. 89 del CP y los criterios que ha ido fijando la jurisprudencia. De este modo, nos encontramos en primer lugar con lo dispuesto en el art. 89.7 del CP donde se establece que no podrá sustituirse la pena privativa de libertad por la expulsión penal cuando el extranjero sea condenado a los delitos contenidos en los arts. 312, 313 y 318bis del CP¹⁴⁸. El segundo criterio¹⁴⁹, que se puso de manifiesto en la STS 901/2004, de 8 de julio, consiste en valorar las circunstancias personales del extranjero tales como el arraigo, la protección a la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o pueda ser objeto de tratos inhumanos y degradantes, para decidir sobre la sustitución, en la línea de lo establecido en el art. 3 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la doctrina del TEDH¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Un análisis más exhaustivo apartado 3.4 b) Delitos que pueden y no pueden dar lugar a la expulsión del presente Capítulo. Págs. 48ss.

¹⁴⁹ Un análisis más exhaustivo apartado 3.5 Carácter preceptivo o discrecional del presente Capítulo. Págs.49 ss.

¹⁵⁰ Casos presentados en el TEDH sobre una posible violación del art. 3 del CEDH en relación con la expulsión: Casos presentados en el TEDH sobre una posible violación del art. 3 del CEDH en relación con la expulsión: Asunto CHACAL contra REINO UNIDO, (STEDH de 15 de noviembre de 1996); Asunto AHMEND contra AUSTRIA (STEDH de 17 de diciembre de 1996); Asunto KALANTARI

El último supuesto que imposibilita la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión penal del territorio y que ha ido estableciendo la jurisprudencia es el de no proceder a la aplicación del art. 89 del CP cuando el delito objeto de la condena revista especial transcendencia por su gravedad intrínseca (tráfico de drogas, agresiones sexuales), bien por las particulares circunstancias de sus autores o por los fines perseguidos (criminalidad organizada) o bien por la existencia de una necesidad reforzada de protección a la víctima (menores, discapacitados, etc.) (FGE 2006: 18; FGE 2011: 94)¹⁵¹. Este supuesto surge por la necesidad de ponderar el interés del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* y el interés del Estado en expulsar al extranjero, en la línea de lo dispuesto en el ATC 106/1997, de 17 de abril¹⁵².

Estas consideraciones deben ser especialmente aplicables a los delitos cometidos por extranjeros en situación de irregularidad que sean condenados por delitos de tráfico de drogas, que causen grave daño a la salud o no causándolo, en cantidad de notoria importancia (FGE 2001: 19)¹⁵³. Circunstancia que en supuestos de tráfico de drogas de menor entidad no se aplicaba, siendo susceptibles de la expulsión penal (SSTS 1546/2004, de 21 de diciembre, 366/2006, de 30 de marzo). Tras la LO 5/2010, el art. 368 del CP (párrafo segundo) establece: ‘los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias

contra ALEMANIA (STEDH 11 de octubre de 2001); Asunto AL-ADSANI contra REINO UNIDO (STEDH 21 de noviembre de 2001); Asunto K.K.C contra HOLANDA, (STEDH 21 de diciembre de 2001); Asunto HIRSI JAMAA y OTROS contra ITALIA. (STEDH 23 de febrero de 2012); Asunto EL-MASRI contra MACEDONIA (STEDH 13 de diciembre de 2012); Asunto M.E contra FRANCIA (STEDH de 6 de junio de 2013); Asunto A.C y OTROS contra ESPAÑA (STEDH 22 de abril de 2014) Respecto del art. 8 del CEDH véase: Asunto MOUSTAQUIM contra BÉLGICA (STEDH de 18 de febrero de 1991), Asunto BOUJLIFA contra FRANCIA (STEDH 21 de octubre de 1997); Asunto BOUCHELKIA contra FRANCIA (STEDH 29 de enero de 1997) Asunto BENSALID contra REINO UNIDO (STEDH de 6 de febrero de 2001); Asunto BOULTIF contra SUIZA (STEDH de 2 de agosto de 2001), Asunto SEN contra HOLANDA (STEDH de 21 de diciembre de 2001); Asunto MASLOV contra AUSTRIA (STEDH 22 de marzo de 2007); Asunto SOUZA RIBEIRO contra FRANCIA. (STEDH de 13 de diciembre de 2012), entre otras.

¹⁵¹ En este sentido véase STS 166/2007, de 14 de febrero.

¹⁵² ATC 106/1997, de 17 de abril señala: ‘el órgano judicial basó su decisión de no aplicar al recurrente el art. 89.1 NCP en el resultado de una correcta ponderación de las necesidades preventivo-generales -en las que, frente a lo que se mantiene en la demanda de amparo, es perfectamente encuadrable el criterio de la ‘alarma social’, entendido como efecto nocivo que, en relación con la finalidad de prevención general inherente a toda pena, tendría el hecho de la falta de reacción penal suficiente ante la comisión de un delito grave- y preventivo-especiales concurrentes en el caso de autos, sin que, por ello mismo, quepa calificarla de manifiestamente irrazonable o de arbitraria’.

¹⁵³ En esta misma línea *vid.* ATS 1556/2044, de 20 de julio; ATS 1472/2004, de 23 de septiembre; SSTS 1249/2004, de 28 de octubre; 1546/2004, de 21 de diciembre; 906/2005, de 8 de julio; ATS 2440/2005, de 7 de noviembre; SSTS 389/2010, de 20 de abril; 531/2010, de 4 de junio.

personales del culpable'. Por tanto, con la reforma se instaura una diferenciación entre el tráfico de drogas de menor entidad y de mayor entidad¹⁵⁴. Si bien la reforma del art. 368 del CP se basa en otros presupuestos, la diferenciación que se establece está en concordancia con la praxis en la aplicación de la expulsión penal, teniendo su fundamento en evitar la impunidad de este tipo de delitos junto con una desprotección de los ciudadanos, así como, evitar el favorecimiento del tráfico de drogas en España.

Junto a los delitos de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, o que no causándolo, la cantidad es de notoria importancia, se deben excluir también los delitos cometidos por organizaciones criminales¹⁵⁵.

3.7 Efectos de la expulsión¹⁵⁶.

La aplicación de la expulsión penal en las dos modalidades sustitutivas –íntegra o parcial- del art. 89 del CP lleva asociada una serie de consecuencias accesorias a su cumplimiento. La primera consecuencia que implica la aplicación de esta medida es la salida del territorio nacional, y del llamado “Espacio Schengen” por un tiempo entre 5 y 10 años a contar desde el momento en que se materialice la expulsión (art. 89.2 del CP). La segunda consecuencia es el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto la autorización para residir o trabajar en España (art. 89.3 del CP). Y finalmente, el art. 89.6 del CP establece que en los supuestos que el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad se procederá a su ingreso en un centro de internamiento para extranjeros con los límites y garantías establecidos en la LOEx (art. 62 LOEx)¹⁵⁷.

La primera consecuencia de la aplicación del art. 89 del CP a un extranjero en situación de irregularidad es la expulsión del territorio nacional y la fijación de un periodo de no

¹⁵⁴ La reforma del art. 368 y ss. del CP se basa en la Decisión Marco 2004/757 JAI del Consejo de 25 de octubre de 2004, reforzando el principio de proporcionalidad de la pena y al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad.

¹⁵⁵ En base a los criterios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre del 2000.

¹⁵⁶ Para un análisis más exhaustivo sobre los efectos de la expulsión véase FERNÁNDEZ ARÉVALO (2010: 30-31).

¹⁵⁷ Véase la Circular 6/2014 sobre los criterios para solicitar el ingreso de ciudadanos extranjeros en los centros de internamiento de extranjeros del Ministerio de Interior (en adelante Circular 6/2014). Sobre el reglamento de los CIEs *vid.* DAUNIS RODRÍGUEZ, 2014.

regreso, pero además, en virtud del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, también la prohibición de entrada a todos los estados miembros que forman parte del Espacio Schengen¹⁵⁸. El art. 96 del Convenio establece que a los extranjeros a los que se les haya aplicado esta medida se les deberá de incluir en una lista de no admisibles¹⁵⁹.

Con respecto al plazo de prohibición de regreso establecido en el art. 89 del CP, en la redacción originaria de la expulsión penal este periodo podía oscilar entre los 3 y 10 años atendiendo a la duración de la pena sustituida, y empezaba a computarse desde la materialización de la expulsión (art. 89.2 del CP). La LO 11/2003 modificó este periodo, estableciendo una duración de 10 años contados desde la efectiva ejecución de la medida de expulsión o en todo caso, mientras no hubiera prescrito la pena (art. 89. 2 del CP). La redacción actual, tras los cambios introducidos por la LO 5/2010, modifica el plazo de no regreso estableciendo de nuevo un periodo que oscila entre los 5 y 10 años en función de la pena sustituida y las circunstancias personales del extranjero a contar desde la fecha de la expulsión.

El periodo de no regreso del actual art. 89 del CP, supera algunas de las críticas de la anterior redacción realizadas por la doctrina. En este sentido, eliminar la posibilidad de extender la duración de los años de no regreso hasta la prescripción de la pena, supone, como ponen de manifiesto algunos autores (Díaz y García Conlledo 2007: 671ss.; Brandariz García 2011: 210) una mayor seguridad jurídica, sobre todo en los supuestos de aplicación de la sustitución parcial (art. 89.5 del CP).

Por otra parte, volver a un cómputo gradual de los años en los que el extranjero no puede regresar al territorio nacional supone retornar a una cierta proporcionalidad entre

¹⁵⁸ El territorio Schengen está regulado por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 firmado el 19 de junio de 1990. España firmó el Convenio de Adhesión el 25 de junio de 1991. La creación del Espacio Schengen tiene entre sus objetivos principales la supresión de las fronteras entre los países que forman parte, la seguridad, la inmigración y la libre circulación de personas. Los países que forman parte del territorio Schengen son: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca, Suecia y Suiza.

¹⁵⁹ Los datos relativos a las prohibiciones de entrada en territorio de la Unión Europea recopilados en el Sistema de Información Schengen han de ser gestionados de conformidad con el Reglamento CE nº 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, sobre el establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (DOUE L 381 de 28 de diciembre de 2006). Un análisis más exhaustivo en PAZ RUBIO (2003: 167-169); FERNÁNDEZ ARÉVALO, 2006.

el hecho cometido y la pena privativa de libertad impuesta respecto a la aplicación de la expulsión penal. Con el anterior periodo de no regreso, el principio de proporcionalidad se desvanecía, ya que independientemente del hecho cometido y la pena privativa de libertad impuesta, el plazo de no regreso tenía una duración estática de 10 años. Por tanto, las consecuencias de la aplicación de la expulsión penal en las dos modalidades sustitutivas (íntegra y parcial) eran las mismas independientemente del delito cometido y la pena impuesta, lo que resulta inadmisibile (Brandariz García 2011: 210).

Continuando con el precepto, se establece en el art. 89.2 del CP que el plazo de no regreso (entre 5 y 10 de años) ha de fijarse atendiendo por una parte a la duración de la pena sustituida y por otra parte, a las circunstancias personales del penado. Esto supone en primer lugar, que la ‘duración de la pena sustituida’ ha de entenderse como el resto de la pena que le queda por cumplir al extranjero, es decir, se ha de tener en cuenta el tiempo que el extranjero ha estado en prisión provisional (Manzanares Samaniego 2008: 99). En segundo lugar, en la redacción dada por la LO 5/2010 se incluye por primera vez desde la inclusión de la expulsión en la legislación penal, ‘las circunstancias personales del penado’ como factor a tener en cuenta para establecer los años de no regreso. Esta novedad en el art. 89.2 del CP supone tener en cuenta consideraciones preventivo especiales para determinar el plazo de no regreso, pero teniendo en cuenta que el plazo que se establece es para que la persona no retorne de nuevo al país, no tiene mucho sentido tener en cuenta las circunstancias personales. En todo caso, el sentido de valorar las circunstancias personales es útil para no proceder a la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio (Brandariz García 2011: 212).

Finalmente, haber retornado a un plazo de no regreso similar al de la redacción original del art. 89 del CP (a excepción del límite mínimo, que en la primera redacción se situaba en los 3 años) supone adecuar el plazo a la duración establecida para la expulsión administrativa (art. 58.1 LOEx).

La tercera de las consecuencias asociadas a la aplicación de la expulsión penal viene regulada en el art. 89.3 del CP cuando establece que la aplicación de la medida llevará asociado el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera como

finalidad residir o trabajar en España, lo que supone que una vez que se hayan superado los años de no regreso, y el extranjero decida volver de nuevo al país no tendrá posibilidad de poder regularizar su situación.

La última de las consecuencias previstas como resultado de la aplicación de la expulsión penal es la contemplada en el primer párrafo del art. 89.6 del CP que supone que si el extranjero al que se le ha impuesto la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional se encuentra en libertad durante la ejecución de la medida, se podrá establecer el ingreso en un centro de internamiento para extranjeros con la finalidad de asegurar la expulsión penal en los términos y con los límites y garantías previstos para la expulsión administrativa (art. 62 y ss. LOEx).

Que el art. 89 del CP introduzca en su apartado 6 la posibilidad de privar de libertad a un extranjero en un centro de internamiento supone remitirse al derecho administrativo para su aplicación. Esta remisión que realiza el art. 89 del CP supone utilizar un instrumento administrativo en el ámbito penal. Esta circunstancia puede llegar a ser incomprensible si tenemos en cuenta que el derecho procesal penal cuenta con mecanismos para privar a una persona de libertad tales como las medidas cautelares. Además, la Disposición Adicional 17ª de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹⁶⁰ (en adelante DA 17ª LO 19/2003) establece que ‘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...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’, ofreciendo la posibilidad de ingreso en un centro penitenciario hasta que se materialice la expulsión penal¹⁶¹.

¹⁶⁰ Publicado en: «BOE» núm. 309, de 26 de diciembre de 2003, páginas 46025 a 46096 (72 págs.).

¹⁶¹ En la memoria de la FGE se establece: ‘Que el ingreso en CIE debería quedar limitado para los extranjeros que hubieran sido condenados a penas privativas de libertad de localización permanente, responsabilidad subsidiaria por impago de multa o penas de prisión inferiores a 3 meses (art. 71.2 del CP) pues ninguna de ellas exigen el ingreso en centro penitenciario. ... En los demás casos los Fiscales instarán la aplicación de la DA 17ª LO 19/2003 y el ingreso en centro penitenciario.’ (2011: 104 y ss.).

En este sentido, BRANDARIZ GARCÍA (2011: 216) plantea que la inclusión del internamiento en CIE regulado en el art. 89 del CP supone estar nuevamente ante una hibridación del derecho administrativo y el derecho penal, o bien que el legislador pretende convertir el internamiento del art. 62 LOEx en un nuevo tipo de medida cautelar penal.

Independientemente de las posibles razones que llevan al legislador a incluir este nuevo espacio de privación de libertad para asegurar la expulsión penal, algunos autores plantean, por un lado, que la inclusión del ingreso en CIE supone ampliar el plazo máximo de internamiento de 30 días (DA 17ª LO 19/2003) a 60 días tal y como se prevé en la LOEx desoyendo las críticas realizadas al respecto (Guisola Lerma 2010b: 135; Villacampa Estiarte y Guisola Lerma 2010: 123).

3.8 El incumplimiento de la prohibición de regreso.

El art. 89.4 del CP establece: ‘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’. Por tanto, las consecuencias que se prevén para el incumplimiento de la prohibición de regreso son dos, y se establecen en función del lugar en donde se detecte al extranjero.

Ambas consecuencias no están exentas de ciertas cuestiones polémicas. Con respecto a la primera de las consecuencias que plantea el art. 89.4 del CP, es decir, que el extranjero entre en territorio nacional, el precepto prevé que en tal caso cumpla la pena privativa de libertad originaria que dio lugar a la sustitución. Las cuestiones que se plantean en torno a esta previsión son dos. En primer lugar, si al cumplimiento de la pena originaria habría que añadir un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 del CP¹⁶² por el incumplimiento de la prohibición de no regreso, y en segundo lugar, si

¹⁶² Art. 468.1 del CP: ‘Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos’.

el cumplimiento de la expulsión interrumpe o no la prescripción de la pena impuesta al delito.

Antes de profundizar en la primera cuestión planteada, es decir, si cabría la posibilidad de aplicar un delito de quebrantamiento de condena sobre el incumplimiento de la prohibición de no regreso, es necesario plantear si la infracción del contenido de la expulsión es o no un quebrantamiento de condena. A este respecto, MANZANARES SAMANIEGO entiende que sí que se debería de aplicar un delito de quebrantamiento de condena por entender que la inaplicación de este delito dejaría sin desvalorar el hecho de la infracción del contenido de una resolución judicial, que es el injusto característico de este delito (Torres Fernández 2012: 263); en cambio LÓPEZ LÓPEZ (2011: 7) considera que la expulsión penal no es una pena, pudiendo ser sólo considerada o bien como una suspensión provisional de la ejecución de la condena, o bien como una sanción de naturaleza administrativa, y por tanto su incumplimiento no podría dar lugar a un quebrantamiento de condena.

Si atendemos a lo establecido en el art. 468.1 del CP: ‘Los que quebranten su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia...’, aunque no haya un consenso en torno a la naturaleza jurídica de la expulsión¹⁶³, no hay duda a que la sustitución de la pena privativa de libertad forma parte del contenido de la resolución judicial y por tanto de la condena, siendo una consecuencia de obligado cumplimiento. A este respecto, la doctrina mayoritaria entiende que el quebrantamiento de condena debe reservarse únicamente para el incumplimiento de penas y medidas de seguridad (Torres Fernández 2012: 264)¹⁶⁴, pero para poder determinar si sobre el incumplimiento de la expulsión penal puede recaer un delito de quebrantamiento de condena es necesario analizar en segundo lugar, si cabría este delito sobre el incumplimiento de la prohibición de no regreso.

La ejecución de la expulsión penal supone la sustitución de la pena privativa de libertad originariamente impuesta en sentencia o en auto posterior por la expulsión del territorio nacional. Asociada a la materialización de la expulsión, el art. 89.2 del CP establece una

¹⁶³ Un análisis más exhaustivo sobre las diferentes posiciones en torno a la naturaleza jurídica de la expulsión sustitutiva *vid.* Apartado 3.2 ‘Naturaleza jurídica’ del presente Capítulo. Págs. 29ss.

¹⁶⁴ En este sentido véase NISTAL BURÓN, 2011.

condición que consiste en que el extranjero no pueda regresar en un plazo de cinco a diez años. De la forma de operar de esta figura se puede afirmar que la expulsión penal actúa como una exención personal de pena condicionada al cumplimiento de la prohibición de entrada en territorio español inherente a la expulsión.

Si se analiza la suspensión condicional de la ejecución de la condena (art. 80 del CP) se observa una cierta semejanza con la expulsión penal del art. 89 del CP ya que supone en ambas figuras la suspensión de la pena privativa de libertad condicionada en el caso de la suspensión del art. 80 del CP al cumplimiento de un conjunto de reglas de conducta, y en el caso de la expulsión, la medida se condiciona a que el extranjero no regrese a España durante un periodo de entre cinco y diez años.

Analizando el supuesto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena se suele rechazar aplicar un delito de quebrantamiento de condena (art. 468 del CP) cuando se incumplen las condiciones establecidas para la suspensión (Mir Puig 2011: 709), ya que la consecuencia del incumplimiento de la suspensión es revocarla y ejecutar la pena originaria objeto de la suspensión (art. 84 y 85 del CP). Sucede de igual modo con la sustitución de las penas del art. 88 del CP: se procede a la ejecución de la pena originaria cuando se incumple la sustitutiva.

Centrando la cuestión en el supuesto de la expulsión del art. 89 del CP, el planteamiento en cuanto a la aplicación del delito de quebrantamiento de condena es similar a los supuestos anteriormente analizados, ya que la consecuencia del incumplimiento viene contemplada en el art. 89.4 del CP y supone la revocación y el cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta. Con esto no se quiere decir que no se produzca un quebrantamiento de la decisión judicial, sino que la consecuencia de este incumplimiento no es la aplicación del art. 468 del CP sino de un régimen jurídico específico que sería el establecido en el art. 89.4 del CP (FGE 2011: 113).

De hecho, apreciar el delito de quebrantamiento de condena del art. 468 del CP podría suponer una vulneración del principio de *non bis in ídem*, por desvalorarse dos veces el incumplimiento de la prohibición de entrada, la primera retornando al cumplimiento de

la pena privativa originaria en base al art. 89.4 del CP y la segunda al aplicar el delito de quebrantamiento de condena (Rodríguez Candela 1998: 67; Torres Fernández 2011: 266).

El segundo interrogante planteado y que está en relación con el anterior, es si el cumplimiento de la expulsión penal interrumpe o no la prescripción de la pena impuesta al delito. Algunos autores consideran que la ejecución de la expulsión no suspende el cómputo de la prescripción de la pena privativa de libertad originaria¹⁶⁵. Esta cuestión surge en base a lo establecido en el art. 134 del CP: 'El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse'.

La medida de expulsión del art. 89 del CP extingue la responsabilidad penal cuando ésta sanción sea ejecutada y el extranjero no retorne en los años que se hayan establecido como no regreso (Asúa Batarrita 2002: 86, Díaz y García Conlledo 2007: 674) y por tanto, la expulsión penal se ha de considerar cumplimiento de condena (Flores Mendoza 2002: 127). El cómputo de la prescripción de la pena privativa de libertad que fue sustituida se iniciará, por tanto, desde que se acuerde la sentencia firme hasta la efectiva salida del extranjero del territorio nacional y al transcurso del tiempo de los años de no regreso, y sólo quedará interrumpido por una entrada antes del plazo establecido de no retorno, dando lugar a lo establecido en el art. 89.4 del CP y por tanto, al cumplimiento de la pena privativa de libertad que fue sustituida¹⁶⁶.

Finalmente, la tercera cuestión que se plantea es la referida al supuesto de tentativa de infringir la prohibición de no regreso contemplada en el art. 89.4 del CP y que reza: 'si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa empezando a computarse de nuevo el plazo de no regreso'. Es decir, que el extranjero no ha entrado de manera efectiva en el territorio nacional cuando ha sido

¹⁶⁵ En este sentido ROMA VALDÉS (1998: 864); CAMPO CABAL (2001: 409) aluden a que en el supuesto de que se produzca la ejecución de la expulsión penal y el plazo de no regreso asociado tenga una duración mayor a la duración de la pena privativa de libertad, si el extranjero regresara a España antes de que se cumpla el plazo de no regreso pero posteriormente al plazo necesario para que prescribiera la pena originaria, no se le podría obligar a cumplir la pena privativa de libertad que fue sustituida.

¹⁶⁶ Para un examen más exhaustivo de la cuestión véase TORRES FERNÁNDEZ (2012: 266-269).

detectado por la autoridad gubernativa¹⁶⁷, ya que en caso contrario estaríamos ante el otro supuesto que recoge el art. 89.4 del CP.

La consecuencia establecida en el supuesto de tentativa de entrada irregular del art. 89 del CP es la expulsión directa por parte de la autoridad gubernativa. El hecho de que sea expulsión directa implica que no se necesite para su ejecución un trámite administrativo o judicial previo, lo que supone que esta forma de proceder sea más acorde con lo establecido en el art. 58.3 b) de la LOEx¹⁶⁸, es decir, con la figura del retorno o la devolución, que con los supuestos de expulsión del art. 57 del mismo texto legal¹⁶⁹.

Si bien las figuras contempladas tanto en el art. 89.4 del CP como en el art. 58.3 b) de la LOEx pueden ser similares por tratarse en ambos casos de una devolución directa, en el caso de la expulsión penal, se contempla en el precepto que asociada a esta ‘nueva expulsión’ se computará de nuevo el plazo de la prohibición de regreso en su integridad.

En el supuesto del art. 58.7 de la LOEx¹⁷⁰ se establecía una consecuencia jurídica menos grave que en el caso de la expulsión penal asociada al retorno que era que la duración de no regreso asociados a la devolución deberían ser como máximo de 3 años. Este presupuesto ha sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 17/2013, de 31 de enero¹⁷¹, lo que implica la no existencia de plazo de no regreso en el supuesto de la devolución administrativa.

¹⁶⁷ Sobre el concepto de entrada efectiva en el territorio nacional véase para un análisis más exhaustivo la Consulta 1/2001, de 9 de mayo, retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España: alcance y límites de la FGE

¹⁶⁸ Art. 58.3: ‘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’.

¹⁶⁹ En este sentido *vid.* ROMA VALDÉS (1999: 864); ASÚA BATARRITA (2002: 87); FLORES MENDOZA (2002: 127); RODRÍGUEZ CANDELA (1998: 67).

¹⁷⁰ La duración del tiempo de prohibición de regreso que se establecía en la devolución venía recogido en el apartado 6 del art. 58 de la LOEx, redactado por la LO 10/2003 y que pasó a ser el apartado 7 del mismo precepto en virtud de la modificación operada por la LO 2/2009.

¹⁷¹ Se establece en la STC 17/2013, de 31 de enero: ‘A diferencia de la expulsión, la devolución pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, 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» (), propia de las sanciones. [...]Señalado lo anterior debemos

4. Cuestiones procedimentales.

Analizadas las características jurídicas más relevantes de la expulsión del art. 89 del CP, en este apartado se recoge el recorrido procesal de la expulsión, centrando la atención en tres aspectos que han ido modificándose desde la redacción inicial del precepto y que han suscitado críticas tanto de la doctrina como de la jurisprudencia. Estas tres cuestiones son: la audiencia del penado; el momento de decisión sobre la aplicación de la expulsión y la motivación de resolución¹⁷².

En el art. 89 del CP se recogen las modalidades de sustitución ‘completa’ y ‘parcial’, estableciendo en primer lugar los presupuestos objetivos y subjetivos para que puedan aplicarse, esto es, que las penas privativas de libertad han de ser inferiores a 6 años para el supuesto de expulsión completa, y que se debe haber accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena para la parcial teniendo que ser los sujetos en ambos casos, extranjeros no residentes legalmente en España.

En segundo lugar se establece, un conjunto de presupuestos procesales necesarios para su aplicación: la previa audiencia de todas las partes para valorar las circunstancias del penado, el momento de la decisión sobre la expulsión y la motivación de la resolución.

Con respecto al primer presupuesto procesal, el art. 89.1 del CP establece ‘...salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas, de forma motivada aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España’. Del texto se desprende una cuestión importante: la previa audiencia del penado, novedad incluida por la última

examinar ahora lo dispuesto en el segundo inciso del art. 58.6 LOEx, relativo a la imposición de una prohibición de entrada por un plazo máximo de tres años. En este caso, del propio tenor literal del precepto, el cual afirma que «toda devolución... llevará consigo la prohibición de entrada» es posible deducir que tal prohibición de entrada no forma parte, en sí misma, de la decisión administrativa que se expresa en la orden de devolución y presenta, por ello, una naturaleza diferente, propia de una sanción administrativa impuesta como consecuencia de una concreta conducta, el incumplimiento de las condiciones para la entrada y permanencia en España. Por ello, en el examen de la queja de constitucionalidad suscitada en relación con este inciso –la vulneración del art. 24 CE, por entender que la prohibición se impone en ausencia de expediente administrativo y, por tanto, sin audiencia al interesado que queda colocado en una situación de total indefensión– debemos tener en cuenta que es doctrina reiterada de este Tribunal que las garantías procesales establecidas en el art. 24 CE son aplicables también a los procedimientos administrativos sancionadores, en cuanto que son manifestación de la potestad punitiva del Estado, con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza’.

¹⁷² Para un análisis más exhaustivo sobre la cuestión *vid.* BRANDARIZ GARCÍA (2011: 201-205).

reforma de la LO 5/2010 tras desaparecer del texto inicial por la reforma de la LO 11/2003¹⁷³. Si bien la nueva introducción de este presupuesto en el precepto solventa las críticas vertidas tanto por la jurisprudencia como por la doctrina respecto a la anterior redacción del art. 89 del CP, la nueva regulación no está exenta de problemas.

El principal es que la previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas sólo está contemplada para el supuesto de no aplicar la expulsión, pero no cuando la decisión sea favorable, lo que implica que en los casos en que el Juez o Tribunal considere oportuno aplicar esta medida no será necesaria la previa audiencia de todas las partes. En este sentido, y en la línea de las críticas a la anterior redacción del precepto, se estarían vulnerando los derechos de defensa y de tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE (STS 710/2005, de 7 de junio)¹⁷⁴, así como el principio de individualización judicial de las penas aplicado a las medidas sustitutivas a la prisión (FGE 2011: 101)¹⁷⁵.

Lo coherente en este sentido sería, como apuntan algunos autores, que la audiencia tanto de las partes como del penado fuera preceptiva tanto para la aplicación como para la no aplicación de la expulsión.

Con respecto al segundo presupuesto procesal, el momento de decisión sobre la sustitución por la expulsión, se establece en el art. 89 del CP ‘...serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español’ y como novedad tras la reforma de la LO 5/2010, ‘...también podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior,

¹⁷³ Se establece en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003: ‘...en coherencia con la reforma de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para dar adecuado cauce a que el juez penal acuerde la sustitución de la pena impuesta al extranjero no residente legalmente en España que ha cometido un delito, por su expulsión. En concreto, se establece que, en el caso de extranjeros que, además de no ser residentes legalmente en España, cometan un delito castigado con pena de prisión inferior a seis años, la regla general sea la sustitución de la pena por la expulsión. Si la pena de prisión es igual o superior a seis años, una vez que cumpla en España las tres cuartas partes de la condena o alcance el tercer grado de tratamiento penitenciario, se acordará, también como regla general, la expulsión’. Lo que quiere el legislador reformando el art. 89 del CP es automatizar la expulsión, por lo que la previa audiencia del penado implicaría que en determinados casos la expulsión no fuera la respuesta principal del sistema penal. Tanto doctrina como jurisprudencia criticaron la ausencia de este presupuesto procesal por entender que para poder acordar esta medida era necesario la audiencia de las partes y sobre todo del penado.

¹⁷⁴ En este sentido *vid.* MONCLÚS MASO (2008: 431), DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2007: 655).

¹⁷⁵ En esta línea véase SSTS 901/2004 de 8 de julio; 710/2005, de 7 de junio; 906/2005, de 8 de julio; 274/2006, de 3 de marzo; 832/2006, de 24 de julio; 35/2007, de 25 de enero; 682/2007, de 18 de julio; 125/2008, de 20 de febrero, entre otras.

previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas'. De esta manera, en la última redacción del art. 89 CP se establecen dos posibles momentos decisorios: en sentencia y en auto posterior¹⁷⁶.

Si bien esta nueva redacción es más coherente por adaptarse mejor a las dos modalidades de expulsión, no está exenta de algunas matizaciones. En primer lugar, con la introducción de la posibilidad de sustitución en auto posterior se mejora la toma de decisión de la expulsión del art. 89.5 CP ya que al poderse acordar cuando la persona acceda al tercer grado o haya cumplido las tres cuartas partes de la condena, acordarlo en sentencia implicaría desatender circunstancias personales del extranjero que pudieran haberse modificado a lo largo del cumplimiento de la pena privativa de libertad. Por esta razón, algunos autores consideran que lo criticable en este sentido es que la expulsión parcial pueda acordarse también en sentencia¹⁷⁷.

En segundo lugar, y en relación a la sustitución del art. 89.1 del CP, la matización se deriva de la posibilidad de que la sustitución pueda acordarse en auto posterior, ya que podría darse la circunstancia de que la persona permaneciera más tiempo privado de libertad del estrictamente necesario para la materialización de la expulsión. Lo coherente en este sentido sería acordar la expulsión en el plazo más breve posible para evitar una posible vulneración del principio de *non bis in idem*.

Finalmente, con respecto al tercer presupuesto procesal, la motivación en la resolución, el texto actual del art. 89 del CP sigue la misma línea que la anterior redacción al exigir que la resolución sea motivada cuando se decida la no sustitución por la expulsión. Este aspecto ha sido criticado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia por entender que tanto la decisión de sustitución como de no sustitución debe ser motivada, aunque a este respecto cabe añadir que independientemente de lo que establezca la norma penal, la motivación en la resolución judicial es una exigencia del derecho a la tutela

¹⁷⁶ En la primera redacción del art. 89 del CP no se establecía nada con respecto al momento decisorio sobre la sustitución por expulsión. Con la reforma de la LO 11/2003 se determinó el momento de decisión solamente en sentencia, en un intento más de automatizar la sustitución de la expulsión.

¹⁷⁷ Profundizando en este aspecto, algunos autores (MONCLÚS 2008: 435; BRANDARIZ GARCÍA 2011: 204) apuntan que lo lógico hubiera sido que el legislador hubiera contemplado que fuera el Juez de Vigilancia Penitenciaria el encargado de resolver sobre la sustitución del art. 89.5 CP por ser el responsable de las funciones jurisdiccionales en relación con el cumplimiento de las penas privativas de libertad en base a los art. 76 LOGP y 94.1 LOPJ.

judicial efectiva (STS 710/2005, de 7 de junio) por lo que será necesario que el Juez o Tribunal justifiquen en todo caso la resolución sobre la sustitución por expulsión.

En esta misma línea la FGE establece que la decisión sobre la sustitución por expulsión ha de ser fundamentada sea cual sea el sentido de la resolución, no sólo por lo establecido en el art. 24 CE sino también por lo que dispone el art. 120.3 CE pues toda cuestión suscitada en la instancia y sometida a debate de las partes, ha de ser razonada por el tribunal al resolverla, a fin de poner de manifiesto que lo decidido no es arbitrario, sino fundado en razones jurídicas (art. 9.3 CE)(FGE 2011: 93)¹⁷⁸.

5. La reforma de la expulsión penal por la LO 1/2015. Breve análisis.

El 31 de marzo de 2015 se publicó en el BOE 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 Penal¹⁷⁹. La aprobación de la LO 1/2015 se debe, según la Exposición de Motivos de la norma, en primer lugar, ‘al transcurso del tiempo y a las nuevas demandas sociales que evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de nuestra norma penal’; en segundo lugar, a ‘la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia [...] que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas’; en tercer lugar, a ‘incrementar la eficacia de la justicia penal’; y por último, a ‘la necesidad de atender compromisos internacionales’.

En definitiva, con esta reforma se busca atender la demanda de protección de los ciudadanos frente a la criminalidad, y como piedra angular se radicaliza en cierta forma la respuesta frente a los condenados extranjeros, siempre en el ojo del huracán cuando se habla de delincuencia (Roig Torres 2014: 426).

¹⁷⁸ En esta misma línea véase SSTs 601/2006, de 31 de mayo; 1099/2006, de 13 de noviembre; 791/2010, de 20 de septiembre.

¹⁷⁹ Para un análisis más exhaustivo sobre la LO 1/2015 *vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, 2015; LEGANÉS GÓMEZ, 2015.

De nuevo, el art. 89 del CP ha sido objeto de una regulación más detallada que establece cambios en el régimen jurídico de la sustitución de la pena a los ciudadanos extranjeros por la expulsión penal¹⁸⁰.

Esta es la quinta versión del art. 89 del CP, lo que supone acentuar el ‘vértigo legislativo’ denunciado por el TS en su ya conocida Sentencia 901/2004, de 1 de julio. Si bien la línea de la reforma del art. 89 del CP está acorde con la normativa europea y con la doctrina sentada del TEDH (Cano Cuenca 2015: 342; Roig Torres 2014: 426), la respuesta dada por la reforma a los extranjeros que delincan es la salida del territorio nacional, sin tener en cuenta su situación administrativa o nacionalidad de algún país comunitario, si bien, en este último caso, resultan ineludibles las limitaciones derivadas de la normativa comunitaria¹⁸¹.

Como novedad positiva, se incorpora la obligación de valorar las circunstancias personales del autor, y específicamente su arraigo en España (art. 89.4 del CP)¹⁸².

Antes de realizar un análisis más exhaustivo, las novedades introducidas en el art. 89 del CP son: (i) se generaliza la aplicación de la sustitución a todos los ciudadanos extranjeros, (ii) la sustitución por la expulsión penal solo se podrá acordar en penas de prisión, y además, cuando estas excedan de un año, (iii) se le otorga al Juez o Tribunal la potestad de acordar la ejecución de una parte de la pena, sustituyendo el resto por la expulsión, (iv) se introduce como límite a la expulsión la proporcionalidad a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, (v) se amplía la prohibición de aplicación del art. 89 del CP al delito de trata de seres humanos (art. 177 bis del CP).

5.1. Sujetos a los que les es de aplicación el art. 89 del CP.

¹⁸⁰ Para un análisis más exhaustivo sobre las modificaciones del art. 89 del CP tras la LO 1/2015 *vid.* CANO CUENCA (2015: 340- 351); MUÑOZ RUIZ (2014); ROIG TORRES (2014)

¹⁸¹ 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 territorio de los Estados miembros.

¹⁸² Circunstancia que se establece en el art. 8 del CEDH: ‘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 la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

El art. 89 del CP, establece en su apartado primero que la medida de expulsión será de aplicación a aquellos sujetos que ostenten la condición de ‘ciudadano extranjero’, término mucho más amplio que el de la anterior redacción que se aplicaba sólo a quien tuviera la condición de ‘extranjero no residente legal en España’.

Este término fue objeto de críticas y enmiendas durante la tramitación parlamentaria, así como reproches del Consejo Fiscal y del Consejo de Estado (Cano Cuenca 2015: 345). En este sentido, se cuestionaba la constitucionalidad del término, la falta de adecuación a la normativa de la Unión Europea y la falta de apoyos en la jurisprudencia de los tribunales españoles¹⁸³. También se incidió en la posibilidad de hacer una distinción entre los extranjeros no residentes y los residentes, y dentro de estos últimos, entre los temporales y de larga duración. Igualmente, se cuestionó la falta de motivación individualizada de la resolución de expulsión. Y por último, se puso de manifiesto la falta de justificación político criminal cuando el extranjero tuviera la condición administrativa de regular¹⁸⁴.

El término ‘ciudadano extranjero’ que se establece en el primer apartado de la nueva regulación del art. 89 del CP, no sólo agrupa a los extranjeros extracomunitarios independientemente de su situación administrativa, sino también a los ciudadanos de la Unión Europea. Esta última posibilidad está contemplada específicamente en el apartado cuarto del mismo precepto. Se establece en el art. 89.4 del CP que se podrá expulsar a 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’. Si bien en la nueva regulación del art. 89 del CP se contempla específicamente y con carácter excepcional la posibilidad de expulsar a un ciudadano de la Unión Europea, en la anterior redacción del art. 89 del CP cabía esta posibilidad atendiendo al art. 15 del RD

¹⁸³ 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. Pág. 91.

¹⁸⁴ Enmienda nº 230 del Grupo Parlamentario Vasco EAJ-PNV. Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 10 de diciembre de 2014. Pág. 158.

240/2007¹⁸⁵ en relación con el art. 27.2 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004¹⁸⁶.

Además, la nueva regulación amplía los supuestos de aplicación de la expulsión penal de los ciudadanos comunitarios si hubieran residido en España durante los 10 años anteriores. Dichos supuestos son: (i) ‘haber 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 que se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza, y (ii) ‘haber sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal’.

En palabras de Cano Cuenca (2015: 346) la posibilidad de expulsión de los ‘ciudadanos extranjeros’ supone asumir que nuestra legislación penal adopta una configuración esencialmente distinta a la que le imprimió el legislador de 1995, al limitarla a los extranjeros en situación irregular. Añade Roig Torres (2014: __) que el fundamento de la expulsión del extranjero que delinque, frente a la ejecución de la pena, su suspensión o su sustitución, es definitivamente la carencia de nacionalidad española del condenado y no su condición de irregularidad.

5.2. Penas a las que puede aplicarse la expulsión penal.

Otra de las novedades introducidas en la nueva redacción del art. 89 del CP consiste en limitar la aplicación de la expulsión a las penas de prisión. En la anterior redacción, el precepto establecía que podían ser susceptibles de sustitución las penas privativas de libertad, es decir, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 35 del CP). Sobre esta cuestión existía polémica

¹⁸⁵ 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 (EEE).

¹⁸⁶En base al RD 240/2007, de 16 de febrero y a la Directiva 2004/38/CE se permite la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea, no así, con los ciudadanos de otros países del Espacio Económico Europeo.

relativa a si todas las penas privativas de libertad debían poder ser sustituidas por la expulsión, o solamente la pena de prisión¹⁸⁷.

Si bien es cierto que hay autores que con la anterior redacción consideraban que todas las penas privativas de libertad eran susceptibles de sustitución, la postura mayoritaria defendía que sólo la pena de prisión podía sustituirse por la expulsión del territorio.

Esta polémica se zanja con la nueva regulación del art. 89 del CP, que limita la aplicación exclusivamente a la pena de prisión.

Otro aspecto novedoso del nuevo art. 89 del CP, es el límite establecido para poder acordar la expulsión. En la anterior redacción, se establecía para proceder a la sustitución íntegra de la pena privativa de libertad, que ésta no excediera de 6 años, es decir, el artículo establecía una pena ‘techo’. A diferencia de la regulación anterior, la nueva redacción del art. 89 del CP establece una pena ‘suelo’ de 1 año y un día de privación de libertad para poder sustituir la pena por la expulsión. Por tanto, por debajo de este límite no es posible aplicar el art. 89 del CP.

5.3. Supuestos de cumplimiento de la pena.

La anterior redacción del art. 89 del CP preveía dos supuestos de aplicación de la expulsión penal. La modalidad de sustitución completa regulada en el art. 89.1 del CP que establecía la sustitución íntegra de una pena inferior a los 6 años de duración, y la modalidad del art. 89.5 del CP que contemplaba que la sustitución de la pena –de cualquier duración- se produjera cuando el extranjero accediera al tercer grado penitenciario o hubiera cumplido las tres cuartas partes de la condena.

Con la actual redacción del art. 89 del CP, los supuestos de aplicación varían. Ahora se establece en el art. 89.1 del CP que de manera potestativa el Juez o Tribunal podrá acordar -en penas superiores a un año y un día de privación de libertad- la ejecución de una parte de la pena, siempre y cuando la duración no exceda de dos tercios del total de la condena. Pero en todo caso, se sustituiría el resto de la pena por la expulsión del penado cuando accediera a tercer grado o le fuera concedida la libertad condicional.

¹⁸⁷ Para un análisis en mayor profundidad *vid.* Penas susceptibles de la aplicación de la expulsión del presente capítulo. Págs. 42 ss.

Por tanto, si el Juez o Tribunal no considera que sea necesario que la persona tenga que cumplir una parte de la condena en territorio español, podrá acordar la expulsión íntegra de la pena como alternativa a la modalidad parcial de sustitución.

El segundo supuesto que se prevé en el precepto, regulado en el art. 89.2 del CP, establece de manera obligatoria el cumplimiento parcial o total de la condena en territorio español en penas superiores a 5 años, o en los supuestos en los que la suma de varias penas excedieran de esa duración. En los casos que se determine el cumplimiento parcial de la condena, la parte restante deberá ser sustituida por la expulsión del territorio, pero, en todo caso, cuando el reo acceda al tercer grado o a la libertad condicional.

Las nuevas modalidades de expulsión que contempla el art. 89 del CP están fundamentadas, como se expone en el precepto, en la necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito.

Esta doble finalidad será la que guiará al Juez o Tribunal en el momento de determinar la duración de la pena que deberá ser cumplida en un centro penitenciario español. Por tanto, la diferencia entre ambas modalidades, radica en la duración de la condena, así, en penas de prisión entre 1 año y 5 años de privación de libertad, el Juez o Tribunal podrá, de manera potestativa, acordar la expulsión total o parcial, mientras que en penas superiores a 5 años, de manera obligatoria, deberá determinar la parte de la condena que se cumplirá en el territorio nacional, y posteriormente acordar la expulsión.

Otro aspecto novedoso de la nueva redacción de la expulsión penal, regulado en el art. 89.4 del CP es la excepcionalidad del acuerdo de la expulsión del territorio nacional. Así, si en la anterior redacción del art. 89 del CP se establecían ‘razones que justificasen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España’, con la nueva regulación, la no aplicación de la sustitución vendrá sustentada por ‘las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España’. Por tanto, la expulsión será desproporcionada si no se tienen en cuenta estas circunstancias. Esta modificación, va en consonancia con la jurisprudencia del TS (STS 901/STS2004, de 1

de julio, ATS 1965/2014, de 20 de noviembre), del TC (STC 242/1994, de 20 de julio,) y de las directrices del TEDH, que obligaron a realizar una lectura constitucional del precepto, modulando la aplicación automática de la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio.

Por último, existen excepciones a la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio que están determinadas por la comisión de los delitos tipificados en los arts. 177 bis, 312, 313 y 318 bis (art. 89.9 del CP). La nueva redacción añade a los ya existentes – delitos de tráfico, recluta ilegal de mano de obra y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros- en la anterior regulación, el art. 177 bis, que contempla el delito de trata de seres humanos.

5.4. Cuestiones procedimentales.

Respecto al procedimiento para acordar la expulsión, se contemplan una serie de novedades respecto a la anterior redacción. La primera de ellas, hace referencia al momento en que se ha de acordar la expulsión. La nueva redacción fija que ha de ser en sentencia, eliminando la posibilidad de acordarla posteriormente también en auto motivado.

A este respecto, el art. 89.3 del CP establece ‘El Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre y cuando 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 personadas, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena’.

Con respecto a la anterior redacción, aparecen diversas variaciones en lo que atañe al procedimiento para acordar la expulsión.

El Juez o Tribunal deberá resolver sobre la sustitución de la pena por la expulsión en sentencia, siempre y cuando resulte posible, sin necesidad de audiencia del Fiscal y las demás partes personadas. En el supuesto que no fuera posible proceder a la sustitución en la fase de juicio oral, el nuevo precepto establece que una vez declarada la firmeza de la sentencia, se podrá resolver sobre la sustitución, ahora sí, previa audiencia del Fiscal y de las demás partes personadas, aunque no expresamente del penado.

Sobre este punto, durante la tramitación parlamentaria, hubo objeciones y enmiendas del Consejo de Estado y del Grupo parlamentario de Unión Progreso y Democracia: ‘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 ese trámite, ya que las partes y el Ministerio Fiscal tienen derecho a expresar su opinión sobre la sustitución de la pena por la expulsión’¹⁸⁸.

En este sentido, Cano Cuenca (2015: 349) entiende que el trámite de audiencia debe de entenderse vigente y que, para el supuesto que se decrete en sentencia, la cuestión deberá ser objeto de contradicción en el acto de juicio oral, debiendo pronunciarse el acusado sobre la posibilidad de la sustitución de la pena de prisión por su expulsión, en caso de ser condenado. Añade además, que si la sustitución ha de resolverse en un momento posterior, la audiencia del penado tampoco puede soslayarse junto con la del Ministerio Fiscal y las demás partes –defensa y, en su caso, acusación particular-.

Sobre esta cuestión, la jurisprudencia del TC mantiene la necesidad de audiencia del penado para sustituir la pena por la expulsión del territorio, sin que, a tal efecto, sea suficiente el derecho a la última palabra. (SSTC 203/ 1997, de 25 de noviembre, 242/1994, de 20 de julio).

5.5. Las consecuencias accesorias de la expulsión.

Dos son las consecuencias que se establecen al acordar la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio del art. 89 del CP. La primera y directamente vinculada a la medida, es la prohibición de regreso al territorio nacional durante un periodo de tiempo que oscilará entre los 5 y los 10 años. La segunda consecuencia, derivada de la situación administrativa del condenado, y que fundamenta la aplicación de la expulsión, es que se archivará cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. Sobre estas dos consecuencias, no se aprecian modificaciones con respecto a la redacción anterior del art. 89 del CP, viniendo recogidas en la actual redacción en los arts. 89.5 y 6 del CP.

¹⁸⁸ Enmienda núm. 534. Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia. Boletín Oficial de las Cortes generales, de 10 de diciembre de 2014. Pág. 340.

5.6. Quebrantamiento de la prohibición de regreso.

Se hacía referencia en el apartado anterior, al hecho de que asociado a la ejecución de la expulsión penal se establezca un periodo de no regreso, que oscila entre los 5 y los 10 años de duración.

Si se produce el quebrantamiento de la prohibición durante el periodo establecido, el art. 89 del CP contempla dos tipos de consecuencias, determinadas por el lugar donde sea detenido el reo. Así, si es sorprendido en la frontera, será nuevamente expulsado por la autoridad gubernativa, empezando de nuevo a computarse el plazo de no regreso establecido. Esta cuestión se mantiene inalterable en la nueva redacción del art. 89 del CP.

No así en el supuesto que el extranjero fuera detenido en territorio español. La anterior redacción establecía que en este caso se debía revocar la expulsión, teniendo que cumplir íntegramente el expulsado la pena originaria en territorio nacional. La nueva redacción, sobre ese aspecto, se flexibiliza entendiendo que el tiempo que el extranjero ha estado cumpliendo la expulsión es tiempo de condena que ha de tenerse en cuenta. Por tanto, se establece en el nuevo art. 89.7 del CP, que el Juez o Tribunal revocará la expulsión y acordará el cumplimiento de la pena originaria, pudiendo establecer el cumplimiento íntegro, o parcial, por entender que el tiempo de cumplimiento de la expulsión es tiempo de condena.

Junto a ello, el Juez o Tribunal también ha de valorar las circunstancias en las que se haya producido el incumplimiento. La decisión sobre el cumplimiento total o parcial de la pena vendrá determinada, nuevamente, por la necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito.

5.7. Internamiento en CIE.

Una novedad introducida en el art. 89 del CP, por la LO 5/2010, fue la posibilidad de internar al extranjero en un CIE con la finalidad de asegurar la materialización de la expulsión. Este aspecto se mantiene incólume en la actual redacción, regulado en el primer párrafo del art. 89.8 del CP.

5.8. Suspensión de la ejecución de la condena.

En el segundo párrafo del art. 89.9 del CP se establece que en los casos que la expulsión no pudiera llevarse a cabo, se procederá a la ejecución de la pena originaria –prisión- o del tiempo de condena pendiente, o a la aplicación en su caso de la suspensión de la ejecución de la misma.

La posibilidad de suspender la condena fue una novedad introducida con la reforma de la LO 5/2010. Pero además, la anterior redacción del precepto, contemplaba la posibilidad de sustituir la medida en los términos del art. 88 del CP. Ahora, tras la reforma de la LO 1/2015, sólo se mantiene la posibilidad de suspensión de la condena, habiéndose eliminado la posibilidad de la sustitución del art. 88 del CP, además de haberse suprimido este artículo del nuevo CP.

6. El régimen transitorio de la aplicación de la expulsión penal tras la Ley Orgánica 1/2015¹⁸⁹

La irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables, establecida en los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución, ofrece una doble faceta: por una parte, la consabida prohibición de aplicar a hechos anteriores la nueva norma cuando ello suponga un empeoramiento respecto de la situación creada por la norma derogada, y por otra parte, la consecuencia inversa, es decir, la necesidad de aplicar, ahora sí retroactivamente, aquellos aspectos de la nueva norma que, puedan resultar favorables.

Por ello, el legislador debe contemplar lo que se denomina ‘régimen transitorio’, es decir, los criterios que serán de aplicación en los supuestos en los que, por no haber concluido bien el proceso penal, bien la fase de ejecución, cabe plantearse cuál es la norma más favorable. A este fin la LO 1/2015 dedica cuatro disposiciones transitorias, de las cuales la primera y especialmente la segunda, resultan de aplicación al objeto del presente estudio.

¹⁸⁹ El régimen transitorio que se expondrá en este apartado es el establecido por la Circular 3/2015 de la FGE. Si bien las directrices que se plantean para actuar tras la entrada en vigor de la LO 1/2015 son las establecidas por la FGE, teniéndose que pronunciar otros organismos, a fecha de la redacción de este trabajo, era el único documento publicado sobre cómo se ha de actuar, tras la entrada en vigor de la LO 1/2015 respecto de la expulsión sustitutiva del art. 89 del CP.

Sintéticamente, el régimen transitorio establece en términos generales la necesidad de aplicación de la normativa más favorable a aquellos hechos que aún cometidos antes de la entrada en vigor de la norma se vean penológicamente tratados de forma más benigna, y, aplica idéntico criterio a aquellas sentencias cuya ejecución no haya finalizado.

Es por ello que se ha considerado necesario dedicar un apartado al análisis del régimen transitorio de la LO 1/2015 desde el prisma de los procedimientos de ejecución susceptibles de verse afectados por dicha normativa. A la fecha del cierre del trabajo, la única fuente interpretativa publicada sobre el particular es la Circular 3/2015 de la Fiscalía General del Estado, dedicada, precisamente a las cuestiones que plantea el régimen transitorio, y que entre los problemas que recoge, aparecen las cuestiones relativas a las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad, entre las que se encuentra la expulsión del art. 89 del CP¹⁹⁰.

Como ya se ha explicado, entre las modificaciones que sufre el art. 89 del CP por la reforma operada por la LO 1/2015, se encuentran las que afectan a los presupuestos objetivos de la medida, limitando la expulsión sustitutiva a penas de prisión de más de 1 año.

En relación a los presupuestos subjetivos, la LO 1/2015 elimina la limitación de la posibilidad de expulsar sólo a extranjeros en situación irregular. Con el nuevo texto, la medida podrá ser aplicada a los extranjeros independientemente de la situación administrativa que ostenten en el territorio nacional.

Ante este cambio de circunstancias, para la Fiscalía ‘surge la necesidad de valorar si procede revisar las sentencias en que se haya acordado la expulsión en sustitución de penas privativas de libertad distintas de la de prisión, o de penas de prisión que no alcancen el límite de un año, o de penas de prisión superiores a cinco años’ (FGE 2015: 20).

A grandes rasgos, la FGE plantea que en los casos en los que no se haya materializado la expulsión sustitutiva, es decir en supuestos de sentencias definitivas o firmes

¹⁹⁰ Apartado 3.4.2 ‘Expulsión sustitutiva’ (Págs. 20-23) de la Circular 3/2015.

pendientes de ejecución, se lleve a cabo un proceso de revisión para valorar qué consecuencia jurídica se ha de acordar en base a la nueva redacción del art. 89 del CP.

La Circular establece que antes de iniciar o de plantearse el proceso de revisión, deberá evaluarse la pena principal que correspondería imponer al delito que motivó la expulsión del art. 89 del CP conforme al nuevo texto (FGE 2015: 22). Por tanto, el proceso de revisión deberá iniciarse analizando la pena principal y la posibilidad de aplicación de la nueva redacción del art. 89 del CP.

El proceso planteado en la Circular 3/2015, tendrá que contar con el trámite de audiencia del penado, por considerar la FGE relevante la opinión del extranjero en este proceso de revisión. Por ello el procedimiento tendrá que cumplir los siguientes criterios:

1.- Penas de prisión de más de 1 año y menos de 5 años: en estos supuestos no procederá el proceso de revisión porque la aplicación de la expulsión sustitutiva en este plazo de privación de libertad es una consecuencia que podría haberse impuesto tanto con la anterior como con la nueva redacción del art. 89 del CP.

2.- Penas de prisión de más de cinco años: en estos supuestos tampoco procedería la aplicación retroactiva del nuevo art. 89 del CP tras la reforma operada por la LO 1/2015, por ser más favorable la redacción anterior de la expulsión sustitutiva, ya que según la redacción actual del art. 89 del CP supondría comenzar con la ejecución de la pena de prisión sin perjuicio de que se pudiera acordar la sustitución de una parte de la condena.

3.- Penas de prisión de menos de 1 año: respecto al proceso de revisión en estos casos, la FGE considera que el cumplimiento efectivo de la pena de prisión es una consecuencia jurídica más grave que la sustitución de la condena por la expulsión sustitutiva (FGE 2015: 21).

Partiendo de esta premisa, la Circular 3/2015 plantea, para los supuestos de penas de prisión inferiores a un año, la posibilidad de valorar la suspensión de la condena en los términos establecidos en los art. 80 y siguientes del nuevo texto del CP. Es decir, según

establece la FGE, se ha de valorar la posibilidad de suspensión de la pena originaria en los casos que se considere adecuado revocar la expulsión sustitutiva impuesta con la anterior redacción del CP.

En los supuestos en los que, por las circunstancias del hecho o del autor, no se pueda proceder a la suspensión de la condena, establece la Circular 3/2015 que la regla general será, ‘sin perjuicio de valorar el resultado de audiencia’ (FGE 2015: 21) la de informar en contra de la revisión de la sentencia debiendo abogar por mantenerse la ejecución de la sentencia.

Por el contrario, en los casos en que la ponderación de circunstancias sea favorable a la aplicación de la suspensión de la condena originaria, se deberá realizar una previsión de las prohibiciones, deberes (art. 83.1 del CP¹⁹¹) prestaciones o medidas (art. 84.1 del CP¹⁹²) a las que debe quedar condicionada la suspensión de la condena y con esta

¹⁹¹ Art. 83.1 del CP : ‘El juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes 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:

1. 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. Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo.
3. Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del juez o tribunal.
4. 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. 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. 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. Participar en programas de deshabitación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacentes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.
8. 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. 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’.

¹⁹² Art. 84.1 del CP ‘1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:

previsión, se informará al penado a fin de que pueda considerar qué entiende más favorable, si la suspensión de la condena, o por el contrario la expulsión sustitutiva del art. 89 del CP.

4.- Las penas de localización permanente y RPSPIM: en los casos de penas privativas de libertad distintas a la pena de prisión, la propuesta de la FGE es dejar sin efecto la expulsión penal del art. 89 del CP y instar el cumplimiento de la pena originaria, salvo que el extranjero solicite que se mantenga la expulsión sustitutiva.

5.- Extranjeros condenados con residencia regular en territorio nacional: en los supuestos de extranjeros condenados a penas de prisión entre 1 y 5 años de duración, la Circular plantea la posibilidad de incoar un proceso de revisión, siendo el penado quien ha de solicitarlo con la finalidad de que se le aplique la sustitución de la pena originaria por la expulsión del territorio. La FGE asume que la solicitud del penado estará basada en que el propio penado considere que la expulsión es una consecuencia más beneficiosa que el cumplimiento de la pena de prisión.

Del breve análisis de los criterios establecidos en la Circular, se pueden extraer algunas conclusiones acerca la línea planteada por la FGE:

La primera es que la Fiscalía parte de la premisa de considerar el cumplimiento efectivo de la pena de prisión como una consecuencia más grave que el cumplimiento de la expulsión sustitutiva.

Que la FGE fundamente el régimen transitorio desde este planteamiento implica que justificar la posibilidad de mantener la expulsión en penas de prisión inferiores a un año, y la posibilidad de sustitución en el caso de penados extranjeros cuya situación

-
1. El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.
 2. El pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.
 3. La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

administrativa sea de regularidad. Planteamiento lógico -fundamentado en el art. 9.3¹⁹³ de la CE que impide la irretroactividad de las normas penales no favorables- si lo que se pretende es que la respuesta principal para el colectivo de extranjeros – independientemente de la situación administrativa- sea la expulsión.

Relacionado con lo anterior, en segundo lugar, la FGE plantea como circunstancia relevante el trámite de audiencia para decidir sobre si se ha de mantener la expulsión sustitutiva, acordarla en sustitución de la pena de prisión o por el contrario plantearse otro tipo de posibilidades como puede ser la suspensión de la condena en los términos del art. 80 y ss. CP. Sobre este particular, y teniendo en cuenta el planteamiento anterior, considero que si bien el trámite de audiencia se va a tener en cuenta para valorar cualquier posibilidad, tendrá mayor relevancia cuando el extranjero mantenga o solicite la expulsión sustitutiva.

Sin entrar a abordar si la expulsión penal es una consecuencia más beneficiosa que el cumplimiento de la pena de prisión, por haberse tratado ya a lo largo de este trabajo, lo que denota la Circular es que en la ponderación entre el interés del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* y el interés del Estado en la política de control de flujos migratorios, la FGE se posiciona a favor del uso del derecho penal como instrumento de la política migratoria, mediante la filigrana de considerar que la expulsión penal –y la consiguiente prohibición de regreso, si bien esta consecuencia se elide en el texto de la Circular- una medida *per se* más beneficiosa que la pena de prisión.

¹⁹³ Art. 9.3 de la CE: ‘La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos’

7. Reflexión final.

En las últimas décadas del siglo XX y los primeros años del siglo XXI, entre otros muchos cambios, el Estado español ha sufrido la transformación de pasar de ser un país de emigrantes a serlo de inmigrantes.

Por otra parte, si bien también en la línea de mutaciones indicada, España ha tenido que adaptar su legislación a la de la Unión Europea, de la que forma parte, también en materia de flujos migratorios.

En paralelo, también el mundo ha sufrido grandes cambios, y los movimientos migratorios han alcanzado proporciones insólitas, lo cual, a su vez, ha obligado a los gobernantes a adoptar las medidas necesarias para el control de los flujos de inmigración.

A muy grandes rasgos, la legislación sobre extranjería creó la figura del “extranjero irregular”, es decir, aquél que no había podido regularizar administrativamente su estancia en territorio nacional. Estas personas, inicialmente indeseadas, pasaron pronto a la categoría de “indeseables”. Administrativamente, la medida “estrella” ante la inmigración no deseada, consistía en la expulsión del territorio nacional.

La expulsión es, pues, por su origen, una medida de naturaleza administrativa, por cuanto se aplica sólo a personas con determinada condición administrativa.

Ahora bien, ya desde la propia legislación –administrativa- de extranjería, se intentó trasladar la medida de expulsión al ámbito penal. Dicho intento fracasó por cuanto el TC declaró no ajustado a la constitución el precepto que contemplaba dicho trasvase, pero ello no impidió que el legislador desterrase la medida de expulsión del ámbito penal.

Más bien ocurrió lo contrario: desde la aprobación del denominado “Código Penal de la democracia”, en el año 1995, la expulsión de extranjeros está contemplada en el Código Penal como medida sustitutiva de determinadas penas impuestas a personas que administrativamente tienen la condición de “extranjerías”.

Desde que la expulsión se incluyó en el Código Penal de 1995 hasta la actualidad, su régimen jurídico ha sufrido diversas modificaciones, en su mayoría fruto no sólo de las abundantes críticas efectuadas por la doctrina, sino muy especialmente de las limitaciones y exigencias de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En este sentido, el encaje de la expulsión en el catálogo de consecuencias jurídicas del Código Penal se ha demostrado inviable, principalmente por la dificultad de acomodar su naturaleza jurídica –se trata de una medida de naturaleza administrativa- y sus fines, a la naturaleza jurídica y los fines de las penas y de las medidas de seguridad.

El origen y la naturaleza jurídica de la expulsión originan, asimismo, que su aplicación como medida sustitutiva de las consecuencias penales, entre en colisión con derechos de las personas –sustantivos, procesales, fundamentales o no- y que por lo tanto, los órganos judiciales –y singularmente el Tribunal Supremo- hayan limitado y delimitado el régimen legal de su aplicación.

Con el capítulo que se cierra se han pretendido poner de manifiesto, en apretada síntesis, los principales problemas suscitados por la introducción en el sistema penal de una medida de naturaleza administrativa. Dichos problemas, sin embargo, si bien no carecen de relevancia, la tienen especialmente en un plano teórico, o por mejor expresarlo, en el plano estrictamente legislativo.

Aceptada la constitucionalidad de la medida, y encajada en el sistema penal, en la práctica judicial ¿Los problemas analizados se resuelven, se mantienen o se agravan?

Con la finalidad de poder responder a estas preguntas en el capítulo II del presente trabajo se exponen los resultados de la investigación llevada a cabo en los juzgados de lo penal encargados de la ejecución de sentencias en el partido judicial de Barcelona.

CAPÍTULO II. INVESTIGACIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL EN CATALUÑA¹⁹⁴.

Introducción

El objetivo del presente capítulo consiste en analizar diversas cuestiones que suscita la praxis judicial en el procedimiento de aplicación de la expulsión del art. 89 del CP.

Con este fin, se llevó a cabo una investigación empírica en los juzgados de ejecución de Barcelona en la que se analizaron un total de 285 expedientes con procedimiento de expulsión sustitutiva comprendidos entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2012.

El capítulo consta de tres partes. En la primera se contextualiza la investigación, es decir, se expone el marco teórico y la metodología que se empleó. En la segunda parte, se presentan los resultados obtenidos, exponiendo el procedimiento que se sigue desde la imposición de la medida en sentencia hasta su posible materialización. En la tercera parte, se intenta determinar el perfil del extranjero inmerso en un proceso penal de expulsión.

Debe advertirse que, durante el trabajo de campo, fue necesario redefinir algunos conceptos para poder adecuarlos a la investigación. Las definiciones utilizadas, junto a su justificación y adecuación al estudio práctico están contenidas a lo largo del capítulo. Por otra parte, se mantiene a lo largo del presente capítulo la terminología utilizada en el anterior, y en concreto se utilizan los conceptos: ‘medida’ y ‘expulsión penal’ para referirse a la consecuencia jurídico-penal recogida en el art. 89 del CP.

¹⁹⁴ En la fase final de este trabajo, fue aprobada la LO 1/2015 de 30 de enero, modificando cuestiones importantes del CP, y, específicamente del art. 89 del CP. Esta circunstancia ha generado que se haya incluido en el capítulo I de este trabajo un breve análisis de la medida tras la aprobación de la reforma. En este capítulo, se exponen los resultados obtenidos tras la realización de la investigación basada en el art. 89 del CP por la LO 5/2010. Por tanto, a lo largo de este capítulo la referencia a la expulsión penal será en los términos que establecía la anterior redacción del art. 89 del CP tras la reforma operada por la LO 5/2010.

1. Marco teórico de la investigación.

Sobre la expulsión penal quedan actualmente diversas cuestiones pendientes de resolver. Partiendo de esta premisa, son varios los motivos que, se considera, justifican la realización de esta investigación.

En primer lugar, la expulsión penal de extranjeros en situación administrativa irregular (art. 89 del CP) es una medida que fue introducida en el ordenamiento penal por el CP de 1995 y desde entonces, como ya se ha apuntado anteriormente, ha sufrido múltiples y notables modificaciones¹⁹⁵.

La penúltima modificación es la operada por la reforma de la LO 5/2010. Esta Ley Orgánica introduce y modifica algunos aspectos importantes del precepto que generan un cambio en el procedimiento de actuación del sistema judicial¹⁹⁶.

A consecuencia de esta modificación, la FGE publicó la Circular 5/2011 “sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración”¹⁹⁷, en la que, entre otros aspectos, constan las directrices de actuación sobre la sustitución por expulsión de las penas privativas de libertad.

¹⁹⁵ Las reformas que ha sido objeto el artículo 89 del CP han sido: la LO 8/2000, de 22 de diciembre; la LO 11/2003, de 29 de septiembre, la LO 5/2010, de 22 de junio, y la más reciente, la LO 1/2015, de 30 de marzo –que entró en vigor el 1 de julio de 2015-.

¹⁹⁶ A modo de recordatorio, la LO 5/2010 modifica los siguientes aspectos del art. 89 del CP: i) Amplía los supuestos en los que la expulsión no ha de ser aplicada. En este sentido se pasa de la ‘excepcionalidad de la naturaleza del delito’ a ‘razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario’; ii) Se modifica la modalidad de sustitución parcial (por haber accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena) que se sitúa en el apartado quinto del precepto y se elimina el límite mínimo de condena de 6 años para poder acordarla; iii) En ambas modalidades, se recupera la previa audiencia del penado y de las partes personadas para poder acordar la sustitución por expulsión; iv) Se amplía el momento de decisión del órgano judicial para que pueda ser acordada, ya no sólo en sentencia, sino también en auto posterior; v) Se modifica el límite de los años de no regreso. De un límite fijo de 10 años, se establece un margen de 5 a 10 años; vi) Respecto al incumplimiento de la prohibición de no regreso, se mantiene que el penado sea devuelto por la autoridad gubernativa en el supuesto de ser sorprendido en la frontera, pero se establece que en el caso que el extranjero se encontrara en territorio nacional cumplirá las penas que le fueron sustituidas; vii) Se incorpora la posibilidad de privación de libertad en un centro de internamiento para extranjeros para poder asegurar la materialización de la expulsión; viii) En los supuestos en que no pueda materializarse la expulsión, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad pudiendo aplicarse la suspensión de la condena o sustitución de la misma en los términos del art. 88 del CP; ix) Se prohíbe la sustitución de la pena por expulsión en los delitos vinculados con la inmigración irregular.

¹⁹⁷ En sustitución de la Circular 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.

De igual modo, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (en adelante DGIP) actualizó la Instrucción 18/2005, de 21 de diciembre, de actualización de la Instrucción 14/2001, de 14 de diciembre, de normas generales sobre internos extranjeros, mediante la Instrucción 21/2011, de 15 de diciembre.

En el ámbito catalán, la Dirección General de Servicios Penitenciarios publicó la Circular 1/2013, de 5 de abril, de modificación de la Circular 1/2011, de 11 de julio, sobre extranjería en los centros penitenciarios de Cataluña.

Como se puede observar, la modificación del Código Penal en 2010 provocó un cambio sustancial tanto del art. 89 del CP como, en consecuencia, de las directrices para aplicarla, no sólo por parte de la FGE sino también de la DGIP, lo que nos lleva a considerar necesario el análisis de los criterios que se utilizaban para aplicar esta medida así como si, tras la reforma, se consiguieron los fines que sustentaban la modificación de la norma.

El segundo motivo que justifica la investigación surgió al analizar los datos oficiales sobre la expulsión del art. 89 del CP publicados tanto a nivel estatal como en Cataluña.

Comparando los datos entre las peticiones de sustitución de las penas privativas de libertad de la memoria de la FGE de¹⁹⁸ y las excarcelaciones de internos extranjeros del Informe General de la DGIP¹⁹⁹ (ambos de 2012) en los años 2010 y 2011²⁰⁰ se observa en el supuesto de la expulsión del art. 89.1 del CP que el porcentaje de excarcelaciones en relación con las peticiones es del 19,81% en el año 2010 y del 15,60% en el año 2011. El porcentaje es superior si analizamos la expulsión al término del

¹⁹⁸ No se han utilizado los datos de la memoria de la FGE 2013 porque aunque está publicada, no se han publicado datos sobre peticiones de solicitud de la sustitución por la expulsión.

http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1242052134611&language=es&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_memorias&selAnio=2013

¹⁹⁹ http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Informe_General_2012_acc_Web.pdf

²⁰⁰ La comparativa que se muestra a continuación ha de tomarse con mucha cautela porque, en primer lugar, se están comparando cifras de dos fuentes de información diferentes, cuya metodología de recogida de datos puede variar sustancialmente. En segundo lugar, porque en el caso de las peticiones de sustitución por expulsión no se computan los datos relativos a Málaga, Sevilla, Las Palmas y Valencia. Y finalmente, las peticiones son las realizadas por el Ministerio Fiscal, por lo que los datos pueden variar considerablemente, ya que no se refiere a las expulsiones impuestas en sentencia.

cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes de la condena o al acceder al tercer grado, siendo en este caso del 44,91% en el año 2010²⁰¹.

Analizando la fuente de información del Instituto Nacional de Estadística (en adelante INE)²⁰² donde se recogen los datos de condenados a la pena de expulsión²⁰³, los datos muestran que en el año 2010 fueron condenados 2.036 extranjeros; en el año 2011 2.266 y en el año 2012 un total de 2.190.

Si se observa la relación entre estos datos y los datos de excarcelaciones del Informe General de la DGIP, el porcentaje de excarcelaciones en relación con la sustitución de la condena por la expulsión del territorio nacional, en el año 2010 es del 50,44%, en el año 2011 es del 36,50% y en el año 2012 del 37,17%.

Analizando los datos oficiales sobre la expulsión del art. 89 del CP en el ámbito catalán²⁰⁴, los datos muestran en relación a los escritos de acusación con solicitud de sustitución del art. 89 del CP, que en el año 2010 se realizaron 1.134, en el año 2011 fueron 1.341 y en el año 2012 las peticiones eran 1.271. Con respecto a las sentencias que acordaban la expulsión, en el año 2010 fueron 138, en el año 2011, 339 y en el año 2012, 334. Estos datos muestran que en el año 2010 se acordó la sustitución por la expulsión en el 12,17% de los casos, en el año 2011 el porcentaje aumentó al 25,28% y en el año 2012 fue del 26,28%.

Con respecto a las expulsiones finalmente ejecutadas, en el año 2010 se produjeron 112, en el año 2011, 137 y en el año 2012, 209. Si comparamos estos datos con las sentencias

²⁰¹ A consecuencia de utilizar diferentes fuentes de información para analizar la aplicación de la expulsión del art. 89 del CP en el año 2011 las peticiones de sustitución fueron 75 y las excarcelaciones de internos extranjeros 93. Otra causa que podría explicar esta variación es la diferencia temporal existente entre las peticiones de sustitución y la materialización efectiva, ya que la expulsión del art. 89.5 del CP se puede acordar en sentencia y hacerse efectiva unos años después.

²⁰² Consultado el 14 de mayo de 2014 (www.ine.es)

²⁰³ Se ha consultado al INE el 23 de enero de 2013 cuál era la metodología utilizada para recabar los datos y su interpretación. La respuesta recibida -25 de enero de 2013- ha sido que el INE explota el fichero del Registro Central de Penados cuya titularidad es el Ministerio de Justicia. La tabla muestra el número de expulsiones dictadas por los jueces.

²⁰⁴ Se ha consultado la Memoria de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Barcelona 2011 y 2012, los datos aportados por del Gabinete de Prensa y Protocolo de la Jefatura Superior de Policía de Cataluña y los datos del INE -en fecha de 18 de enero de 2013-.

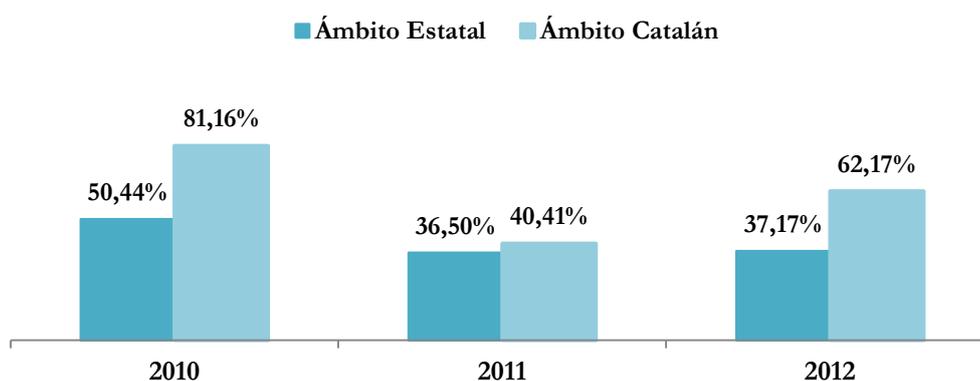
que acordaban la expulsión, nos encontramos que en el año 2010 se materializaron el 81,16%, en el año 2011 el 40,41% y en el año 2012 el 62,57%.

Comparando los datos oficiales estatales con los del ámbito catalán sobre la materialización de la expulsión en relación a las sentencias que la acordaron (Gráfico I), se observa que en el año 2010 hubo un mayor número de materializaciones en relación a los dos años posteriores (ámbito estatal 50,44% y ámbito catalán 81,16%). Esta circunstancia puede deberse a que durante este periodo no se había aplicado la reforma del art. 89 del CP, ya que la LO 5/2010, de 22 de junio entró en vigor el 23 de diciembre de 2010.

Durante los años 2011 y 2012 este descenso de las materializaciones fue más significativo en el caso catalán, que presentaba una disminución del 40,75% de las expulsiones, mientras que a nivel estatal el descenso fue del 13,94%. En el año 2012 la tendencia fue de aumento, muy poco significativo a nivel estatal, 0,67% y mucho más relevante (del 22,16%) a nivel catalán (ambos porcentajes en relación al año 2011).

Gráfico I

Materializaciones en relación a las sentencias (art. 89 del CP)



(*) Fuente: Elaboración propia a partir de los datos Informe General de la DGIP 2012, Memoria de la Fiscalía de la Audiencia provincial de Barcelona 2011/2012, GPPJSPC 2012 e INE.

Tras el análisis de los datos oficiales, y teniendo en cuenta las limitaciones metodológicas que implica utilizar diferentes fuentes de información, se puede observar

la existencia de una escasa materialización de la expulsión del art. 89 del CP tanto a nivel estatal como catalán²⁰⁵.

Esta circunstancia no se pone de manifiesto solamente en los datos oficiales recopilados sobre el art. 89 del CP, sino que algunos autores también han hecho referencia a la escasa ejecución de la medida (Díaz y García Conlledo 2007: 683; García España y Diez Ripollés 2012: 205).

Algunas de las causas que pueden provocar esta disfunción, pueden ser las dificultades en la identificación de los extranjeros que se encuentran indocumentados, los múltiples trámites administrativos necesarios para hacer efectiva la expulsión, así como la insuficiente coordinación entre las diferentes administraciones encargadas de ejecutar y materializar la expulsión sustitutiva.

Por último, el tercer motivo surge a raíz de las críticas tanto de la doctrina como de la jurisprudencia en torno a la expulsión dentro del ordenamiento penal. Brevemente, ya que esta problemática jurídica se analizará en el capítulo siguiente, la expulsión del art. 89 del CP crea un sistema sancionador diferenciado, porque solamente puede ser aplicado a extranjeros que se encuentren en situación de irregularidad en nuestro país. Además, la inclusión de la medida en el CP provoca algunas fricciones con algunos principios del derecho penal y del procedimiento tales como el principio de proporcionalidad, el principio de *non bis in ídem* y el principio de contradicción y existen dificultades para encajar la medida dentro de los fines de la pena, pudiendo llegar a constituir, en algunos casos, un beneficio para el extranjero, y en otros, un doble castigo.

Las diversas modificaciones sufridas por el art. 89 del CP desde que se incardinó en el ordenamiento penal, la escasa aplicación mostrada por los datos oficiales y las diversas fricciones que presenta con algunos principios rectores del derecho y del proceso penal, han sido los motivos que han llevado a realizar una investigación empírica sobre el art. 89 del CP.

²⁰⁵ Si bien, no hay una tendencia uniforme en su aplicación, este hecho puede deberse a la entrada en vigor de la LO 5/2010 de 22 de junio.

Específicamente, y entendiendo que el estudio sobre la medida se puede abordar desde muchas perspectivas, se decidió analizar el procedimiento de expulsión aplicado por los distintos operadores jurídicos; específicamente, los criterios utilizados por el Ministerio Fiscal en el momento de solicitar la sustitución por expulsión (en ambas modalidades), por los jueces para acordarla y ejecutarla y, finalmente, el procedimiento seguido por la policía para materializarla, ya que se consideró que era la forma más adecuada para poder dar respuesta a algunos interrogantes que sobre la medida se estaban planteando²⁰⁶.

2. Metodología.

La investigación se llevó a cabo en dos fases. La primera fase, de carácter cuantitativo, cuya finalidad fue recopilar los datos sobre la aplicación del art. 89 del CP en Cataluña, y la segunda fase, de carácter cualitativo, en la que se llevaron a cabo entrevistas a diferentes profesionales del sistema penal.

El trabajo de campo se realizó entre el mes de octubre de 2012 y el mes de mayo de 2014. La primera fase se desarrolló desde el mes de octubre de 2012 hasta el mes de febrero de 2014; la segunda, entre los meses de enero y mayo de 2014.

2.1. Primera parte. Análisis cuantitativo.

a) Fuente de información.

La fuente de información a la que recurrió en la primera fase del trabajo de campo fueron los expedientes de ejecutorias con un procedimiento de expulsión del art. 89 del CP en el periodo temporal 1 de enero de 2011 a 31 de diciembre de 2012.

Para la obtención de los datos se acudió a los juzgados de lo Penal nº 12, 15, 21 y 24 - juzgados de ejecución- de Barcelona. El primer contacto se estableció con el juzgado de lo penal nº 21²⁰⁷. Posteriormente se contactó con los juzgados de lo Penal nº 24, 12 y 15.

²⁰⁶ En el Capítulo III del presente trabajo se analizarán en profundidad dichas problemáticas.

²⁰⁷ El primer contacto se produjo en 27 de noviembre con el Juez del juzgado de lo penal nº 21 – juzgado de ejecución-.

Los datos proporcionados los juzgados se pueden dividir en dos grupos: en primer lugar, los listados sobre los procedimientos de expulsión del art. 89 del CP que se habían desarrollado en cada uno de los cuatro juzgados durante el periodo temporal comprendido entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre del 2012²⁰⁸.

En segundo lugar, con la información previa de los listados, aquellos expedientes de ejecutorias que contuvieran un procedimiento de expulsión del art. 89 del CP -en ambas modalidades- para analizar cómo se estaba llevando a cabo y qué criterios se estaban empleando para solicitar, acordar y finalmente materializar la medida²⁰⁹.

Una vez se obtuvo la autorización de los jueces y los secretarios judiciales de los juzgados 21 y 24 de Barcelona se procedió al análisis de las ejecutorias. En los juzgados nº 12 y 15 en un primer momento se denegó el acceso, lo que hizo necesario presentar un recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²¹⁰, el cual resolvió favorablemente, pudiéndose finalmente iniciar la recogida de datos en los juzgados 12 y 15 de Barcelona²¹¹.

b) Selección de la muestra.

Para la selección de la muestra se recurrió a los listados proporcionados por los juzgados. Se utilizaron dos criterios para determinar qué expedientes serían objeto de investigación. El primero fue elegir las ejecutorias que estuvieran en archivo, es decir, aquellas en las que ya se había resuelto sobre la sustitución y se había procedido por parte del juzgado al envío del mandamiento de ejecución de la expulsión a la Policía Nacional, órgano encargado de materializarla.

²⁰⁸ En los listados proporcionados consta la siguiente información: la nacionalidad del extranjero, la fecha en que el juzgado acuerda la expulsión sustitutiva, el resultado de la ejecución de la medida –si se ha materializado o no- y, finalmente, en los supuestos en que se produjo la ejecución de la medida, la fecha en que ésta se llevó a cabo.

²⁰⁹ La recopilación de las variables de los juzgados nº 21 y nº 24 de la región judicial de Barcelona se inició el día 15 de enero de 2013 y finalizó el día 11 de abril del mismo año.

²¹⁰ Se presenta una solicitud de acceso a los expedientes de ejecutorias tanto en el juzgado nº 12 como en el nº 15 el día 6 de mayo de 2013. En ambos casos las resoluciones, de fechas 6 de mayo de 2013 y 14 de mayo de 2013 respectivamente, son negativas. El 28 de mayo se presenta un recurso ante la Secretaría de Coordinación provincial de Barcelona solicitando el acceso a los expedientes de los juzgados nº 12 y nº 15 del partido judicial de Barcelona. La Secretaría de Coordinación provincial de Barcelona resuelve positivamente el día 8 de julio de 2013.

²¹¹ La recopilación de datos de los expedientes de ejecutorias se realizó en el periodo temporal comprendido entre el 15 de julio y el 9 de agosto de 2013.

El segundo criterio que se utilizó fue analizar las ejecutorias que estuvieran en archivo y con mandamiento de ejecución durante el periodo temporal comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2012. Se decidió utilizar este lapso temporal debido a que la reforma del art. 89 del CP, operada por la LO 5/2010 de 22 de junio, entró en vigor el 23 de diciembre de 2010 modificando sustancialmente algunos criterios del procedimiento de aplicación.

Tras la selección de los expedientes en base a los criterios expuestos se analizaron en total 285 ejecutorias²¹² quedando distribuidas por juzgados de la siguiente manera: (i) juzgado n° 12: 83 ejecutorias (29,1%); (ii) juzgado n° 15: 81 ejecutorias (28,4%); (iii) juzgado n° 21: 59 ejecutorias (20,7%) y; (iv) juzgado n° 24: 62 ejecutorias (21,8%).

c) Ámbito temporal y territorial de la investigación.

Como se ha explicado en el apartado anterior, el periodo temporal elegido fue el comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2012.

Con respecto al ámbito territorial, en el proyecto inicial de la investigación se planteó utilizar como ámbito territorial Cataluña para el análisis de las ejecutorias que tuvieran un procedimiento de expulsión. Finalmente se descartó realizar esta investigación en todo el territorio catalán. La razón principal fue que tras el análisis de los datos sobre materializaciones de la expulsión, proporcionados por el Grupo de Prensa y Protocolo de la Jefatura Superior de Policía (en adelante GPPJSP) de Cataluña²¹³, se observó que el grueso de materializaciones se producían en Barcelona. Los datos se muestran a continuación:

Tabla IV: Materializaciones de la expulsión penal en Cataluña (2010- 2012).

	Frecuencia 2010	% 2010	Frecuencia 2011	% 2011	Frecuencia 2012	% 2012
Barcelona	112	62,57	137	68,16	209	81,01
Tarragona	22	12,29	23	11,44	15	5,81
Girona	23	12,85	18	8,96	17	6,59
Lleida	22	12,29	23	11,44	17	6,59
TOTAL	179	100,00	201	100,00	258	100,00

(*)Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del GPPJSP de Cataluña.

²¹² Un total de 13 expedientes que sí que cumplían los requisitos no pudieron ser analizados por no poder disponer físicamente de ellos por encontrarse en Fiscalía para ser firmados.

²¹³ Los datos fueron proporcionados el 18 de enero de 2013.

Se consideró, por tanto, que analizando los datos de los juzgados de Barcelona y tratándose de una investigación de carácter exploratorio, se podrían extraer resultados válidos y fiables.

d) Procedimiento de recopilación de datos, descripción de la base de datos y extracción de resultados.

Para el análisis de los expedientes de los juzgados de lo penal 12, 15, 21 y 24 se recopilaron un conjunto de datos que permitiesen analizar el procedimiento de aplicación de la expulsión del art. 89 del CP.

El proceso para la obtención de la información consistió en el uso de una plantilla en la que constaban un conjunto de variables con una serie de categorías como respuesta. En total se recopilaron 73 variables de cada expediente²¹⁴. Las variables corresponden a las diferentes fases del procedimiento –juicio oral, recurso, fase de ejecución y materialización de la condena-.

De las 70 variables recopiladas, 6 corresponden a datos personales del extranjero, 17 variables a la fase de juicio oral, 8 variables a la fase de recurso, 23 variables a la fase de ejecución, 13 variables a la materialización de la medida, 3 variables a la expulsión administrativa y, finalmente, se establecieron 4 variables de control.

Para el análisis y extracción de los datos recopilados se creó una base de datos coincidente con la plantilla utilizada en el trabajo de campo en el programa informático SPSS (Statistical Package for the Social Sciences) en la versión 22.0 (ANEXO 1).

El análisis descriptivo realizado es un análisis univariante –frecuencias absolutas y relativas en las variables cualitativas y medidas de tendencia central y dispersión en las cuantitativas-. En el análisis bivariante se han estudiado las asociaciones entre variables que teóricamente se ha considerado que estaban relacionadas.

²¹⁴ De las variables recopiladas, hay un conjunto de ellas que para su recopilación ha sido necesario definir las previamente. Las definiciones elegidas han sido producto en primer lugar de lo establecido en la legislación tanto a nivel nacional como internacional sobre el concepto en cuestión y en segundo lugar sobre cómo se han delimitado estos conceptos en la práctica. La definición de estos conceptos se explicará en el apartado siguiente relativo a los resultados de la investigación.

Para complementar la investigación, con los datos recopilados se ha elaborado el perfil del extranjero objeto de este estudio. Específicamente, se han elaborado cuatro perfiles diferentes, seleccionados en función del sexo del penado y de la consecuencia jurídica que finalmente ha sido ejecutada.

El primer perfil que se analizado ha sido el de la mujer. En esta investigación, del total de casos, 6 correspondían a mujeres -2,1% del total-. Si bien con esta población no es posible realizar un perfil que aporte datos válidos y fiables que puedan ser extrapolables, se decidió realizarlo, para tener una visión sobre las mujeres en el presente estudio.

Los otros tres perfiles se han centrado en el colectivo de hombres en función de la consecuencia jurídica que finalmente se ejecutó. Así, el primer perfil que se ha analizado, ha sido el de los extranjeros a los que finalmente se les materializó la medida de expulsión penal. En segundo lugar, el colectivo de condenados que han cumplido la pena originaria, es decir, la pena privativa de libertad, y el tercer perfil ha sido el de los extranjeros a los que se les ha suspendido la pena privativa de libertad por no haberse podido materializar la expulsión.

Para la realización del perfil del colectivo de hombres –para la realización del perfil de la mujer no se ha recurrido al uso de ningún instrumento estadístico- se han utilizado las tablas dinámicas²¹⁵ (*pivot tables*) del programa Excel versión 2013.

2.2 Segunda parte. Análisis cualitativo.

La herramienta utilizada en esta segunda fase de la investigación ha consistido en la entrevista semi-estructurada que se ha realizado a los diferentes agentes del sistema penal (ANEXO 2).

La lógica de esta segunda parte de la investigación ha sido la siguiente: una vez que se han recopilado, categorizado y analizado los datos relativos a la aplicación del art. 89 del CP (primera fase) y con la finalidad de complementar los datos recabados, se realizaron

²¹⁵ Se han creado tres conjuntos diferentes de tablas dinámicas. La primera, para determinar el perfil del extranjero expulsado. La segunda de ellas, para determinar el perfil del extranjero cumpliendo pena privativa de libertad, y por último, la tabla dinámica para determinar las características del extranjero al que se le ha suspendido la condena.

una serie de entrevistas a los profesionales de los diferentes organismos implicados en la obtención de los datos relativos al art. 89 del CP

La segunda fase de la investigación se llevó a cabo entre los meses de enero y mayo de 2014. Se realizaron un total de 5 entrevistas. Estas entrevistas se realizaron: al Juez del juzgado de lo Penal del juzgado nº 20 de Barcelona, al Juez de lo Penal del Juzgado nº 21 de Barcelona (juzgado de ejecución), al Fiscal de la Audiencia Provincial de Barcelona, a la Responsable de extranjería de la DGSP de la Generalitat de Cataluña y a una de las Inspectoras del Grupo de Expulsiones del Cuerpo Nacional de Policía²¹⁶.

Las preguntas de todas las entrevistas tenían un eje común, si bien algunas de ellas se adaptaron a los diferentes perfiles profesionales. El esquema común que siguieron todas fue preguntar sobre el procedimiento de aplicación adaptándolo al momento procedimental en el que interviene cada profesional. Cada entrevista constaba inicialmente entre 10 y 12 preguntas, pero al utilizarse la técnica de la entrevista semi-estructurada, en algunos casos las entrevistas se alargaron, realizándose, finalmente, un mayor número de preguntas.

3. El recorrido procedimental de la expulsión del art. 89 del CP²¹⁷.

Antes de proceder al análisis de resultados, se expondrá en este apartado el recorrido procedimental de la expulsión del art. 89 del CP según fue observado durante la investigación en los Juzgados de lo Penal (nº 12, 15, 21 y 24) de Barcelona.

La finalidad que se pretende es doble: en primer lugar, situar al lector sobre el *íter* de la medida de expulsión de extranjeros, dado que no existe un procedimiento regulado para la ejecución del art. 89 del CP—cada juzgado de ejecución establece criterios propios de aplicación, habiéndose observado variaciones de unos juzgados a otros durante la recopilación de los datos—. La segunda finalidad, vinculada a la anterior, es justificar la

²¹⁶ Los días en que se realizaron las entrevistas, así como la duración de las mismas son: Juez del juzgado de lo penal nº 21: el día 24 de enero de 2014 (0:44:07); Inspectora de la UCRIF de la Policía Nacional: el día 4 de febrero de 2014 (0:33:50); Juez del juzgado de lo penal nº 20: el día 14 de febrero de 2014 (0:48:42); Responsable de Extranjería de la DGSP de la Generalitat de Cataluña: el día 25 de febrero de 2014 (1:16:36) y Fiscal de la AP de Barcelona: el día 15 de mayo de 2014 (0:27:55).

²¹⁷ Para un análisis más exhaustivo sobre el procedimiento de sustitución de la medida contenida en el art. 89 del CP *vid.* NAVARRO VILLANUEVA (2002: 213- 237).

selección de variables recopiladas en cada fase del procedimiento para intentar establecer el procedimiento para la materialización de la expulsión de extranjeros del art. 89 del CP.

3.1. La expulsión penal del art. 89.1 del CP (sustitución íntegra).

El art. 89.1 del CP regula la modalidad íntegra de la expulsión sustitutiva. Esta sustitución está contemplada para penas privativas de libertad inferiores a los 6 años, pudiéndose acordar tanto en sentencia como en auto motivado posterior, siempre que la condena no sea por la comisión de los delitos regulados en los arts. 312, 313 y 318 bis del CP²¹⁸. Establece el apartado primero del art. 89 del CP que para proceder a la expulsión será necesaria la previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas a fin de valorar las circunstancias personales del imputado.

Cumplidos los presupuestos objetivos (tipo de pena y duración y tipo de delito) y parte de los subjetivos (que la persona tenga el estatus de extranjero extracomunitario) del art. 89 del CP, tanto en la fase de juicio oral como en la fase de ejecución (en el supuesto que se acuerde en auto posterior) se han de valorar las siguientes circunstancias:

1. La situación de residencia en el Estado español. La certificación sobre la situación administrativa del extranjero se solicita al Grupo de Documentación y Expulsiones de la Brigada de Extranjería de la Policía Nacional (en adelante UCRIF)²¹⁹.

En el documento que dicha Unidad remite al órgano judicial constan: i) la situación administrativa actual de la persona; ii) si ha solicitado en algún momento permiso de residencia en el Estado español, y de ser así, si dispone de permiso, -y si está vigente o caducado- o si, por el contrario, le ha sido denegado. Además, en el documento consta si la UCRIF dispone de documentación del país de origen que acredite la nacionalidad e identidad del extranjero. Aunque la documentación acreditativa de la nacionalidad del extranjero es necesaria en una fase posterior del procedimiento –cuando se vaya a producir la materialización de la expulsión- es conveniente saber si el Estado español dispone de ella, porque como se verá en el apartado siguiente, algunos consulados no

²¹⁸ Un análisis más exhaustivo *vid.* 3.4 b) Delitos a los que no se puede aplicar la expulsión del presente Capítulo. Págs.48 ss.

²¹⁹ La información está contenida en las bases de datos de la policía –ADEXTRA y PERPOL-.

aceptan a ‘sus nacionales’ por estar indocumentados. Los criterios de aceptación de los terceros países varían de unos países a otros y también son criterios dinámicos en función de intereses políticos.

Existen tres posibilidades en cuanto a la documentación sobre la nacionalidad de origen de los extranjeros. En primer lugar, cabe que la persona tenga la documentación original de su país de origen; en estos supuestos los terceros países están obligados a aceptarlos. En segundo lugar, es posible que la persona no disponga de documentación original de su país de origen, pero que la UCRIF sí disponga de una fotocopia de la documentación acreditativa. En este caso, dependerá del país de origen aceptarlos o no aceptarlos. Finalmente, puede suceder que la persona no disponga de documentación original del país de origen y que tampoco la UCRIF tenga esa documentación fotocopiada. En estos casos, también depende de los terceros países la ejecutividad de la expulsión penal, aunque la probabilidad de aceptación disminuye considerablemente en este último caso.

2. Razones que pudieran justificar el cumplimiento en un centro penitenciario en España. Entre las razones a las que alude el art. 89 del CP se han de valorar las circunstancias personales del extranjero imputado. Según establece la Circular 5/2011 de la FGE se deberá valorar el arraigo de permanencia (es decir, deberán tenerse en cuenta los años que el extranjero lleva residiendo en nuestro país) y el arraigo familiar (debiéndose acreditar no sólo la permanencia de familiares, sino el tipo de relación que exista entre ellos), así como las circunstancias socioeconómicas de la persona.

Hay que puntualizar que si bien en el art. 89 del CP establece que la sustitución de la expulsión penal se ha de acordar previa audiencia del penado, esta circunstancia ha de entenderse como la necesidad de habilitar un espacio contradictorio tanto en la fase de juicio oral como en la de ejecución en el que se dé al condenado y su defensa la oportunidad de alegar y probar sobre las razones que le asistan. Esto supone, en primer lugar, que la ausencia del extranjero en la fase de juicio oral imposibilita la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio y, en segundo lugar, que la carga probatoria respecto a las circunstancias personales que pudieran imposibilitar la

sustitución por la expulsión recae en el extranjero y su defensa. Por tanto, en la fase de juicio oral las posibilidades que existen sobre la sustitución por la expulsión son:

1.-. Que la expulsión sustitutiva de la pena privativa de libertad se acuerde en sentencia con la comparecencia del imputado. En este supuesto puede ocurrir que el extranjero y su defensa acrediten el arraigo social, o por el contrario no sea acreditado. Dado que el art. 89.1 del CP establece que las penas han de ser sustituidas en sentencia, este supuesto ha sido el mayoritario a lo largo de toda la investigación

2.-. Que la expulsión penal se acuerde en sentencia con ausencia del extranjero en el juicio oral, lo que supone que en la fase de ejecución se deberán valorar las circunstancias que puedan justificar el cumplimiento de la pena objeto de sustitución en un centro penitenciario en España.

3.-. Que no se acuerde la sustitución por la expulsión en la fase de juicio oral, trasladándose la decisión a la fase de ejecución. Este supuesto debe ser excepcional, siendo la norma general resolver en sentencia. No obstante, suele aparecer cuando el Juez o Tribunal considera que es necesario acreditar aspectos relevantes en relación con la situación administrativa o bien porque no ha habido posibilidad de practicar prueba sobre datos, hechos o circunstancias que pudieran condicionar la expulsión. Otra razón puede ser la ausencia del extranjero en el juicio oral y que el Juez o Tribunal decida por este motivo trasladar la decisión a la fase posterior.

Una vez acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional, el Juez o Tribunal ha de establecer el plazo de no regreso, que oscilará entre los 5 y los 10 años. La duración deberá establecerse teniendo en cuenta tanto el tipo de delito como las circunstancias del penado.

En fase de ejecución, también existen varias posibilidades en función de la resolución de la sentencia. Antes de abordar las diferentes vías, en la fase de ejecución e independientemente de la resolución de la sentencia, el Juez o Tribunal puede solicitar la comparecencia del imputado y la presentación de documentación y, de igual modo, el extranjero puede presentar documentación o solicitar una comparecencia. Las solicitudes de comparecencia o la presentación de documentación se han producido en

muy pocos casos en esta fase del procedimiento. Una posible explicación, es que como el art. 89.1 del CP establece que la sustitución de la expulsión se ha de acordar en sentencia, independientemente de la asistencia del extranjero al juicio oral, en los casos en los que la sentencia ya ha acordado la expulsión penal, en la fase de ejecución se considera que se han dado los presupuestos legales.

Siguiendo con el procedimiento, una vez llega el expediente al juzgado de ejecución correspondiente, el Juez o Tribunal acuerda, mediante auto, la ejecutividad de la medida. Para ello, junto a la resolución, establece el ingreso en CIE o en centro penitenciario con la finalidad de asegurar la materialización de la expulsión. Asimismo, establece el plazo máximo para materializarla, que como máximo será de 60 días si el ingreso se acuerda en CIE y de 30 días si, por contra, se acuerda en un centro penitenciario.

La elección del lugar de ingreso para asegurar la materialización de la medida, como se ha observado en la investigación, depende básicamente de la situación procesal en la que se encuentre el extranjero penado. De este modo, se producen varias situaciones:

1.- Que el extranjero penado se encuentre en libertad por esta causa. En este supuesto, depende del Juez o Tribunal establecer como lugar de ingreso el CIE o el centro penitenciario. Una vez que este extremo ha sido determinado, la UCRIF es la encargada de localizar al extranjero. En el caso de que esté en paradero desconocido, la policía lo pondrá en conocimiento del Juzgado y este dictará un auto de busca y captura.

2.- Que el penado se encuentre preso preventivamente por esta causa. En este supuesto, se establece como lugar de ingreso para la materialización de la expulsión el centro penitenciario. La Policía, por tanto, tiene el plazo que se haya establecido – máximo 30 días- para proceder a la materialización.

3.- Que el extranjero esté en libertad por la causa objeto de sustitución por la expulsión penal, pero cumpliendo una condena por otra causa. En este caso, se ha de esperar a que termine de cumplir la condena impuesta. Una vez se ha cumplido, se procederá a materializar la medida de la expulsión del territorio.

4.- Que la persona se encuentre presa por esta y otras causas. En esta situación, se ha de preguntar al Juzgado o Tribunal encargado del enjuiciamiento de dicha causa si se puede proceder a la expulsión. Será el juzgado quien determine si se puede materializar o no. En el caso de que la respuesta del juzgado sea negativa, el juez revocará la sustitución, y deberá valorar si procede el cumplimiento de la pena privativa de libertad, o si es posible la suspensión de la condena.

Una vez que la Policía tiene encomendada la ejecución de la medida, solicita al Juez o Tribunal que, para el caso de que no pueda llevarse a cabo la materialización de la expulsión, le diga qué ha de hacer con el extranjero condenado. Aquí puede suceder que se establezca la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta originariamente – o, la condena pendiente, en el caso de que la persona haya estado presa por esta causa- o la aplicación de la suspensión de la condena o la sustitución de la misma según lo establecido en el art. 88 del CP.

3.2 La expulsión penal del art. 89.5 del CP (sustitución parcial).

Esta modalidad se contempla en la legislación por entender que hay supuestos en los que es inaplicable la sustitución íntegra de la pena privativa de libertad ya que lo impiden o bien la naturaleza o bien la gravedad del delito o delitos cometidos por el extranjero.

Al igual que en la modalidad de sustitución del art. 89.1 del CP, la sustitución parcial se podrá acordar tanto en sentencia como en auto posterior, si bien a diferencia de la sustitución íntegra, en esta modalidad no se establece como norma general que la sustitución se acuerde en la fase de juicio oral. Esta sustitución resulta aplicable a cualquier pena privativa de libertad, sea cual sea su duración, desapareciendo tras la reforma de la LO 5/2010 la limitación a penas iguales o inferiores a los 6 años.

Para solicitar la aplicación del art. 89.5 del CP es necesario que el centro penitenciario elabore un expediente en el que se recojan: la situación penitenciaria y la liquidación de condena del extranjero, la sentencia firme condenatoria, los informes sociales y jurídicos del centro y la solicitud del penado, en el caso de que existiera. Toda esta documentación se remite a la sección de extranjería de la Fiscalía, donde se examina y

valora para posteriormente enviar al Tribunal correspondiente la propuesta de aplicación del art. 89.5 del CP. Será el Juez o Tribunal quien acordará la materialización de la expulsión penal.

Si se acuerda la expulsión porque el extranjero hubiera accedido al tercer grado penitenciario o hubiera cumplido las tres cuartas partes de la condena, el procedimiento para su materialización es el mismo que en el caso de la modalidad de sustitución íntegra.

4. Resultados

En este apartado se expondrán los resultados obtenidos de los 285 expedientes de ejecutorias que tenían un procedimiento de expulsión de los juzgados de lo penal nº 12, 15, 21 y 24 de Barcelona. En primer lugar, se expondrán datos generales sobre la investigación para posteriormente analizar los datos sobre la aplicación de la medida en las diferentes fases del procedimiento.

4.1. Consideraciones generales sobre los expedientes analizados.

En este apartado exponen dos cuestiones generales sobre los expedientes analizados. En primer lugar la relativa a su distribución en juzgados y en segundo lugar la relativa al número de ejecutorias por año y por juzgado.

Los 285 expedientes analizados han quedado distribuidos por juzgados de la siguiente manera: (i) juzgado nº 12: 83 ejecutorias (29,1%), (ii) juzgado nº 15: 81 ejecutorias (28,4%), (iii) juzgado nº 21: 59 ejecutorias (20,7%) y, (iv) juzgado nº 24: 62 ejecutorias (21,8%)

El reparto de los expedientes, como se observa, no es uniforme. Esto es debido al criterio utilizado para la selección de la muestra para el objeto de esta investigación. Con la pretensión de poder registrar todos los aspectos que conforman el procedimiento de expulsión, se eligieron los expedientes que estuvieran ya archivados a consecuencia de la finalización del procedimiento relativo al art. 89 del CP, durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2012. Se optó

por este lapso temporal por estar en vigor la que en aquella época era la nueva reforma del art. 89 del CP operada por la LO 5/2010.

La segunda consideración, en conexión con la anterior, son los años en que los procedimientos de la expulsión sustitutiva fueron registrados en los cuatro juzgados de ejecución. En la siguiente tabla se muestra el año de la ejecutoria en relación al juzgado que pertenece:

Tabla V: Distribución por año y juzgado de los expedientes de expulsión.

Año de la ejecutoria	Juzgado 12	Juzgado 15	Juzgado 21	Juzgado 24	Total
2009	1	0	6	2	9
2010	9	16	14	4	43
2011	47	43	32	35	157
2012	26	22	7	21	76
Total	83	81	59	62	285

(*)Fuente: Elaboración propia.

Como se observa, los años de las ejecutorias oscilan entre el año 2009 y el año 2012. El planteamiento inicial de la investigación consistía en analizar expedientes correspondientes al periodo comprendido entre 1 de enero de 2011 y 31 de diciembre de 2012 con la pretensión de analizar la medida de la expulsión tras la modificación de la LO 5/2010.

Surgió un inconveniente en los juzgados cuando se fueron a seleccionar los expedientes con un procedimiento de expulsión penal. El sistema informático (Themis 2.10) del Departamento de Justicia no ofrece la posibilidad de extraer una muestra en función de la consecuencia jurídica impuesta, por lo que la única solución posible fue revisar la totalidad de ejecutorias que habían entrado durante el periodo temporal establecido para la presente investigación de manera manual. Circunstancia que se manifestó inviable por cuanto suponía tener que revisar en torno a 6.000 ejecutorias por año y juzgado.

Ante esta situación, se optó por solicitar a la UCRIF las órdenes de expulsión del art. 89 del CP que habían recibido de los cuatro juzgados de ejecución en el periodo del 1 de

enero de 2011 al 31 de diciembre de 2012. Una vez obtenidas las listas se observó que el periodo temporal (1 de enero de 2011 a 31 de diciembre de 2012) correspondía a la entrada en el sistema informático de la UCRIF, pero no necesariamente estas órdenes se habían acordado en el periodo solicitado, es decir, que no tenían por qué ser ejecutorias de los años 2011 y 2012.

Finalmente se decidió analizar todas las ejecutorias archivadas en el periodo temporal del 1 de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2012 de entrada en el sistema informático de la UCRIF, lo que implicaba que podían existir ejecutorias de años anteriores. La razón de analizar también las ejecutorias de los años 2009 y 2010 se debe a que en algún momento (normalmente en la fase de ejecución) ya se tenía que aplicar la LO 5/2010 por lo que los jueces debían tener en cuenta las modificaciones que sufrió el art. 89 del CP tras la reforma.

4.2. Resultados sobre la aplicación de la medida de expulsión del art. 89 del CP en los juzgados de Barcelona.

En este apartado se expondrán los resultados obtenidos en los cuatro juzgados de ejecución de Barcelona. Los datos recabados corresponden a diferentes fases del proceso: fase de juicio oral, recursos, fase de ejecución y procedimiento para la materialización de la expulsión.

En primer lugar se analizan aspectos procesales, penales y personales de los extranjeros que han pasado por un procedimiento de expulsión del art. 89 del CP. En segundo lugar se explican los datos relativos a la fase de juicio oral haciendo especial hincapié en la manera de actuar de los jueces y de los fiscales. En tercer lugar, se analizan los recursos interpuestos y las resoluciones de la Audiencia Provincial (en adelante AP). En cuarto lugar se analiza la fase de ejecución, para finalmente saber qué sucede en la materialización de la expulsión del art. 89 del CP.

a) Aspectos personales, procesales y penales de los extranjeros.

Todas las variables que se analizan en este apartado han sido extraídas de las sentencias, por lo que se habrán obtenido tanto en la fase de instrucción como en la de juicio oral.

En total se analizarán 6 variables: sexo, nacionalidad, antecedentes penales, situación administrativa, documentación del extranjero y situación procesal penal²²⁰.

a.1. Sexo.

De los 285 expedientes con un procedimiento de expulsión del art. 89 del CP, en el 97,9% de los casos el extranjero es hombre. Las mujeres del colectivo analizado condenadas a la expulsión sustitutiva fueron son el 2,1% de total²²¹.

En este sentido y como se observa, se puede afirmar que la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio es escasa en el caso de las mujeres²²², siendo una medida aplicada casi en su totalidad al colectivo de hombres extranjeros condenados.

a.2. Nacionalidad.²²³

En relación con la nacionalidad de los condenados extranjeros, el porcentaje más elevado, analizando los datos por continentes, se encuentra en África (39,1%), seguido de Asia (27,5%), Centroamérica y América del Sur (23,6%), Europa -no UE- (9,5%) y, por último, Oceanía (0,4%).

Como se observa, hay dos continentes con menor representación dentro del colectivo analizado. Respecto a Oceanía, se registró un solo caso, circunstancia acorde con la importancia cuantitativa de la inmigración procedente de ese territorio²²⁴. Analizando el

²²⁰ Algunas de las variables expuestas en este apartado se vuelven a recopilar en la fase de ejecución, por ello, las conclusiones sobre alguno de los datos se realizarán al final del análisis de las mismas en el apartado 4.2 d) La fase de ejecución del presente Capítulo. Págs. 138ss.

²²¹ Un estudio previo realizado en Cataluña sobre la aplicación judicial y práctica penitenciaria del art. 89 del CP en el caso de mujeres penadas, ya muestra la escasez de resoluciones judiciales imponiendo la expulsión sustitutiva en este colectivo. En este sentido véase PARÉS GALLES Y PARÉS PIFARRÉ (2009: 37 y ss.).

²²² Para un análisis más exhaustivo *vid.* 5.1. Perfil de la mujer extranjera condenada al art. 89 del CP del presente Capítulo. Págs.160 ss.

²²³ Los datos sobre la nacionalidad corresponden al momento en que estas personas son condenadas en sentencia. Realizo esta puntualización porque en la última parte de los datos que se expondrán se analizaran las materializaciones llevadas a cabo, lo que puede variar estos porcentajes en el caso de algunos países.

²²⁴ Consultados los datos del INE sobre el flujo de inmigración procedente de otros países, los datos muestran que en el año 2014 se contabilizaron 477 entradas de extranjeros de países de Oceanía en el territorio nacional. Respecto a Cataluña, las entradas de extranjeros procedentes de Oceanía fueron en el 2014 de 109 individuos.

porcentaje de extranjeros de los países de Europa a los que se aplicó el art. 89 del CP, son precisas dos puntualizaciones: en primer lugar, esta medida no puede ser aplicada a extranjeros comunitarios, lo que reduce la representación de extranjeros europeos que pueden ser objeto de aplicación de la expulsión sustitutiva, y en segundo lugar, que existen otras medidas de excarcelación a las que estos penados pueden acogerse con mayores garantías que los extranjeros de otros continentes, como son el cumplimiento en país de origen de la pena impuesta en España (Convenio de Estrasburgo y Decisión marco 2008/909/JAI)²²⁵.

Desglosando estos datos por países, se aprecia que el país con más nacionales a los que se les ha aplicado el art. 89 del CP es Marruecos (19%). En segundo lugar, India un (6%), seguido, en tercer lugar, de Pakistán (5,3%). El cuarto lugar lo comparten dos países, Bosnia-Herzegovina y Georgia (4,9%). Finalmente se sitúan los países de Argelia y Gambia (4,2%)²²⁶. El resto de nacionalidades, hasta un total de 47, tienen un porcentaje inferior, siendo los países en los que solamente ha sido condenado un extranjero: Australia, Cabo Verde, Camerún, Corea, Croacia, Ghana, Libia, República de Guinea, Singapur y Venezuela.

Analizando los datos anteriores, se observa que la representación mayoritaria se encuentra en Marruecos, con grandes diferencias respecto al resto de países con mayor número de extranjeros condenados a la medida de expulsión penal. Junto a Marruecos, Argelia también se encuentra entre los países más representativos, sumando entre ambos el 23,2% del total de casos, lo que supone la cuarta parte del colectivo objeto de esta investigación. Datos esperables si se tiene en cuenta la proximidad geográfica entre el territorio nacional y estos dos países del norte de África, así como los convenios bilaterales existentes entre sus gobiernos²²⁷.

²²⁵ Que si bien puede haber convenios bilaterales sobre el traslado de presos extranjeros a sus países de origen, estos pueden ser más difíciles de ejecutar porque las condiciones de los centros penitenciarios en otros países pueden ser motivo del no consentimiento del penado. Un análisis más exhaustivo en GARCÍA CASTAÑO, 2009.

²²⁶ Estos países suponen el 48,5% del total del colectivo analizado.

²²⁷ Analizando el Informe del INE sobre cifras de población a 1 de enero de 2015 sobre estadística de migraciones 2015, los datos muestran que Marruecos se encuentra entre las nacionalidades principales con mayor flujo migratorio de llegada a España, específicamente durante el año 2014 llegó un total de 20.163 extranjeros de nacionalidad marroquí, situándose como el segundo país por detrás de Rumanía

a.3. Antecedentes Penales

Otra variable objeto de análisis es la relativa a los antecedentes penales de los extranjeros condenados a la expulsión sustitutiva. Los datos de la investigación han mostrado que el 59,5% carece de antecedentes penales; el 31% del colectivo sí tiene antecedentes penales y estos están vivos, y finalmente el 9,5% de los extranjeros si bien tienen antecedentes, éstos están cancelados.

De cara a la aplicación de la expulsión penal en ambas modalidades (íntegra y parcial) tener o carecer de antecedentes penales no es una circunstancia relevante para que el órgano judicial acuerde o no esta medida. No existiendo ninguna previsión en la norma sobre este aspecto, es posible aplicar la sustitución con independencia de si el extranjero tiene o carece de antecedentes penales.

Podría ser interesante para el órgano judicial en el momento de la decisión la expulsión sustitutiva en el caso de un extranjero con antecedentes penales, analizar si en la condena o condenas anteriores le sustituyeron la pena por la expulsión, y de ser así, en los casos en que no se pudo proceder a la expulsión saber cuál o cuáles fueron los motivos. De esta manera, si la causa que en su momento imposibilitó la materialización se mantiene en el tiempo, se podría evitar la sustitución por la medida del art. 89 del CP así como el proceso que esta aplicación implica para el extranjero.

En la investigación, el 69%²²⁸ de los extranjeros condenados a la expulsión penal carecía de antecedentes penales. Considero relevante profundizar en este dato ya que si bien algunos profesionales entrevistados justifican la aplicación del art. 89 del CP desde la peligrosidad y alarma social que provoca este colectivo en la sociedad²²⁹, y en el hecho de que muchos de ellos tenían innumerables antecedentes de carácter policial, los datos de la investigación muestran que la gran mayoría no habían sido previamente condenados en sentencia.

(Pág. 11). Si se analiza el Informe General de la DGIP del año 2013, tanto Argelia con 549 nacionales como Marruecos con 4.613 personas se encontraban entre los países con mayor representación de población interna extranjera.

²²⁸ Este dato hace referencia a la suma de los sujetos que carecen de antecedentes (59,5%) y los extranjeros cuyos antecedentes están cancelados (9,5%).

²²⁹ Entrevista realizada a la Inspectora del Cuerpo Nacional de Policía el día: 04 de febrero de 2014.

Por otra parte, y siguiendo con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 89.6 del CP, tener o carecer de antecedentes penales sí es relevante cuando no se puede materializar la medida de expulsión ya que en tales casos se podrá valorar la aplicación de la suspensión de la condena, para lo que se exige, por la naturaleza de esta pena alternativa a la prisión, que la persona carezca de antecedentes penales²³⁰.

a.4. Situación administrativa y documentación del extranjero

El art. 89 del CP exige, para su aplicación en ambas modalidades, que el extranjero no resida legalmente en territorio nacional. El debate en torno a esta circunstancia se genera en relación a cuál es momento en el que deba verificarse la irregularidad, es decir, si se ha de tener en cuenta en el momento de comisión de los hechos o cuando se dicte la sustitución por expulsión (ya sea en sentencia ya en fase de ejecución).

Sobre esta cuestión resuelve la Circular 5/2011 de la FGE estableciendo que la situación administrativa de irregularidad se ha de valorar en el momento de dictarse la sentencia o el auto posterior, ya que la ley, según la interpretación de la FGE, no se refiere al momento de comisión de los hechos, puesto que desde la comisión del delito hasta su enjuiciamiento pueden haberse alterado las condiciones de residencia en nuestro país (legal a ilegal o viceversa). Sólo habrá de tomarse en consideración la situación del penado en el momento de adoptarse la decisión sustitutiva o, si hubiera un cambio de circunstancias, incluso en el momento posterior (FGE 2011: 86)²³¹.

Sobre este particular, en la investigación se puso de manifiesto que no existe un consenso en la práctica sobre el momento en que se ha de valorar la situación administrativa del extranjero.

En las entrevistas realizadas a los diferentes profesionales, el juez del juzgado de lo penal nº 21 (juzgado de ejecución)²³² explica que dicha circunstancia se ha de valorar tanto en el momento de la comisión de los hechos como en el momento de dictar la

²³⁰ Art. 80.1 del CP: 'Que el condenado haya delinquirido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto es el artículo 136 de este Código'.

²³¹ En este sentido *vid.* STS 792/2008, de 4 de diciembre.

²³² Entrevista realizada el día 24 de enero de 2014.

resolución y que esta verificación ha de ser favorable al extranjero, es decir, que si en el momento de comisión de los hechos el extranjero se encontraba en situación de regularidad pero posteriormente, al dictarse la sentencia, su situación se ha convertido en irregular, no se puede aplicar la expulsión del art. 89 del CP. De igual modo, si en el momento de la comisión del delito la persona se encuentra en una situación administrativa de irregularidad pero posteriormente sus circunstancias administrativas se convierten en regulares, tampoco se puede aplicar el art. 89 del CP.

Planteada esta misma cuestión al magistrado del juzgado de lo penal nº 20, su respuesta fue que según su criterio si el extranjero en algún momento del procedimiento se encontraba en situación irregular, ya fuera en el momento de la comisión de los hechos, en fase de instrucción, de juicio oral o durante la ejecución, se podía plantear la aplicación del art. 89 del CP²³³.

Como se observa, los planteamientos para establecer el momento en que debe tenerse en cuenta la situación de irregularidad no son uniformes, sino que existen criterios dispares para el acuerdo o no de la expulsión sustitutiva. Esta circunstancia, planteada también en la Circular 5/2011 de la FGE, genera disparidad e inseguridad jurídica, y permite que la norma penal se subordine a estrategias de control de flujos migratorios (Brandariz García 2011: 177).

Los datos de la investigación sobre la situación administrativa de los extranjeros muestran que en el 100% de los casos los extranjeros se encontraban en situación de irregularidad en la primera fase del procedimiento, es decir, en la fase de instrucción.

Con la investigación no se ha podido corroborar si esta situación administrativa correspondía al momento de comisión de los hechos, ya que el dato sobre su situación administrativa se solicita a la UCRIF, normalmente en la fase de instrucción, la cual proporciona la información en el momento en que se solicita.

De esta forma de proceder se desprenden dos circunstancias: la primera, que no se puede saber si la situación de irregularidad corresponde al momento de comisión de los

²³³ Entrevista realizada el día 14 de febrero de 2014.

hechos; y la segunda, que esta irregularidad puede haber revertido desde que se solicitara esta información a la policía hasta la celebración del juicio oral.

Otra de las exigencias del art. 89 del CP, desde la perspectiva práctica, es la necesidad de que el extranjero esté documentado para poder materializar la expulsión. Para que el país receptor acepte al extranjero es necesario que la persona tenga documentación de su país de origen.

Los datos de la investigación muestran que en el momento de la celebración del juicio oral el 97,5% estaban indocumentados, y que solamente el 2,5% disponía de documentación de su país de origen. Como se verá más adelante, estos datos no son del todo fiables ya que la existencia de documentación del país de origen no se tiene muy en cuenta en esta fase del proceso sino que es más relevante en el momento de la ejecución de la medida.

Solamente un breve apunte sobre el 2,5% que sí estaba documentado en el momento de dictar la sentencia. Como se analizará más adelante, hay una parte del colectivo estudiado que se conforma con la pena solicitada: en estos casos, suelen presentar la documentación de su país de origen para agilizar los trámites de la expulsión.

a.5. Situación procesal de los extranjeros

Existen varias situaciones en las que se pueden encontrar los extranjeros durante la instrucción y celebración del juicio oral.

En primer lugar que se encuentren en libertad por la causa de la que se derivará la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio.

Los datos de la investigación muestran que el 65,2% de los condenados se encontraban en esta situación. El que la gran mayoría se encuentre en libertad puede deberse a la duración de las condenas, ya que como se establece en el art. 503.1.1²³⁴ de la Ley de

²³⁴ Art. 503.1.1° LECrim: ‘Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso’.

Enjuiciamiento Criminal²³⁵ (en adelante LECrim), la prisión provisional solo se podrá acordar cuando la pena prevista para los hechos que se imputan sea igual o superior a 2 años de prisión o aun cuando la pena privativa de libertad sea de duración inferior si el imputado tuviera antecedentes penales no cancelados.

Como se analizará más adelante, la duración de las condenas por las que se ha solicitado la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio no suelen ser superiores a 2 años de prisión²³⁶ y con respecto a la segunda posibilidad que establece la LECrim para el acuerdo de la prisión preventiva, como ya hemos visto anteriormente, solamente el 31% del colectivo estudiado tenía antecedentes penales computables a efectos de reincidencia.

Existen otras situaciones en las que se pueden encontrar los extranjeros: preso por esta causa, en la que se encontraban el 19,9% del colectivo estudiado; preso por la causa de expulsión y también por otras causas (el 1,4%) y finalmente el 13,5% se encontraban en libertad por esta causa pero preso por otras causas.

Esto supone que el 38,4% del colectivo estudiado se encontraba en un centro penitenciario, bien en situación de prisión provisional o bien cumpliendo condena ya sea por estas o por otras causas²³⁷.

b) La fase de juicio oral.

En este apartado se expondrán las variables recopiladas en las sentencias de los expedientes de ejecutorias, correspondientes a la celebración del juicio oral. Se analizarán un total de 9 variables: sentencias de conformidad, solicitud de la expulsión penal por parte del Ministerio Fiscal, asistencia del acusado al juicio oral, valoración del arraigo, aportación de documentación, delitos cometidos, condena impuesta, sustitución de la pena por la expulsión del territorio y el plazo de prohibición de no regreso.

²³⁵ Publicado en: «BOE» núm. 260, de 17 de septiembre de 1882, páginas 803 a 806 (4 págs.).

²³⁶ Según la investigación realizada la media de condena impuesta es de 15,28 meses de privación de libertad.

²³⁷ La situación procesal en la que se encuentran los extranjeros del colectivo estudiado es relevante para la determinación en fase de ejecución de internamiento en CIE o en centro penitenciario.

b.1. Sentencia de conformidad.

Las sentencias de conformidad son aquellas en las que el imputado acepta la pena más alta de las solicitadas por las partes acusadoras²³⁸. Sobre la conformidad en las resoluciones que tienen un procedimiento de expulsión se ha argumentado que puede tener un carácter favorable para el extranjero ya que evita el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Sobre esta cuestión, el ATC 33/1997, de 10 de febrero, establece que en estos supuestos es necesaria una valoración adecuada del caso concreto para evitar que la sustitución suponga un beneficio para el extranjero²³⁹.

Los datos del colectivo analizado muestran que en el 28% de los casos los imputados extranjeros estaban conformes con la sustitución por la expulsión. Si bien este dato ha sido extraído de las sentencias analizadas y por tanto es objetivo en cuanto a sentencias en conformidad, es necesario tomarlo con una cierta precaución ya que al realizar el análisis de otras variables se ha observado que hay casos en que los datos no son coincidentes.

Antes de poder ofrecer algunos posibles motivos de estos resultados se analizará esta variable en relación con otros datos obtenidos a lo largo del proceso judicial.

²³⁸ La conformidad, en el procedimiento ordinario se encuentra regulada en el artículo 655 de la LECrim: ‘Si la pena pedida por las partes acusadoras fuese de carácter correccional, al evacuar la representación del procesado el traslado de calificación podrá manifestar su conformidad absoluta con aquélla que más gravemente hubiere calificado, si hubiere más de una, y con la pena que se le pida; expresándose además por el Letrado defensor, si esto no obstante, conceptúa necesaria la continuación del juicio.

Si no la conceptúa necesaria, el Tribunal, previa ratificación del procesado, dictará sin más trámites la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada, sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada.

Si ésta no fuese la procedente según dicha calificación, sino otra mayor, acordará el Tribunal la continuación del juicio.

También continuará el juicio si fuesen varios los procesados y no todos manifestaren igual conformidad. Cuando el procesado o procesados disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará el juicio a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad’.

La conformidad también se regula, por lo que respecta al proceso abreviado (para penas de hasta nueve años de prisión) en los artículos 784 y 787 de la LECrim; y en el artículo 801 en el ámbito del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

²³⁹ Sobre las argumentaciones existentes en torno a si la expulsión puede suponer un trato de favor o por el contrario, un mayor perjuicio para el extranjero se ofrece un análisis más exhaustivo en el apartado 1. Problemas penales: la expulsión como modalidad de sanción diferenciada del Capítulo III del presente trabajo. Págs. 179ss.

Una de las variables que se han recopilado en la fase de ejecución es la de presentación de recursos o aportación de documentación por parte del extranjero para solicitar la revocación de la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión.

Confrontando las sentencias dictadas por conformidad con esta variable, correspondiente a una fase posterior del proceso, los datos muestran que en el 13,2% de los casos, los extranjeros que se han conformado con la pena en la fase de juicio oral, han presentado posteriormente documentación para revocar la expulsión.

Este hecho es llamativo, ya que si los extranjeros aceptaban en principio la expulsión, no parece lógico que posteriormente se solicite la revocación de la sustitución, lo que nos hace pensar que podría deberse a cierta falta de comunicación entre los extranjeros y sus abogados.

En segundo lugar, analizando las sentencias en conformidad en relación a las no materializaciones de la expulsión penal, es decir, aquellos casos en los que por una serie de causas no se ha podido llevar a cabo la expulsión, debiendo procederse a su revocación, los datos indican que esta circunstancia se ha producido en el 51,3% de los casos.

Desglosando este porcentaje entre las diferentes causas que lo han generado, se observa que en el 36,8% se debe a que el extranjero no tenía documentación del país de origen, negándose el consulado a documentarle; en el 2,6% los extranjeros eran residentes regulares, lo que inhabilita la aplicación del art. 89 del CP; en el 1,3% ha habido un comportamiento violento por parte del extranjero en el avión; en el 1,3% se ha decidido revocar la expulsión sustitutiva en la fase de ejecución. Finalmente en el 9,2% la causa que ha impedido la materialización ha consistido en que el extranjero tenía otras causas pendientes.

Si bien no todas las causas que han determinado revocar la expulsión del art. 89 del CP tienen una relación directa con la conformidad²⁴⁰, considero que sí existe tal relación

²⁴⁰ En los casos en que el extranjero era residente regular, y en los casos en que tenían causas pendientes la decisión de acuerdo y materialización se ve limitada por la legislación penal y procesal.

respecto a la falta de documentación y la situación violenta generada en el avión por el extranjero.

Sobre la primera, porque si el extranjero estuviera conforme con su expulsión presentaría esta documentación o facilitaría los trámites para su obtención. Respecto a la segunda, no tiene mucha lógica si su intención era verdaderamente abandonar el territorio nacional.

Sobre la relación existente entre las sentencias de conformidad y causas que han impedido la expulsión, la más llamativa tiene relación con los casos en los que el extranjero disponía de tarjeta de residencia vigente en el momento de conformar la expulsión²⁴¹, ya que en tales casos se detecta o bien una falta de diligencia por parte del organismo correspondiente al comprobar la situación administrativa y una falta de conocimiento por parte del abogado o bien del propio extranjero por no haberlo puesto en conocimiento en algún momento del proceso penal.

La última de las variables que se ha puesto en relación con las sentencias de conformidad, ha sido la de la ausencia del extranjero en la vista del juicio oral. Esta relación ha mostrado que el 11,8% de sentencias de conformidad se han producido en ausencia del extranjero en la celebración del juicio oral.

Al inicio de este apartado se ha recurrido al art. 655 de la LECrim para contextualizar la conformidad del imputado con la pena solicitada en el escrito de acusación. Se establece en el precepto que la conformidad ha de ser manifestada y ratificada en el acto de juicio oral por parte del procesado. Lo que implica que ha de estar presente. En estos mismos términos se establece en el art. 787.2 de la LECrim:

‘Si a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el Juez o Tribunal entendiere que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación, dictará sentencia de conformidad. El Juez o

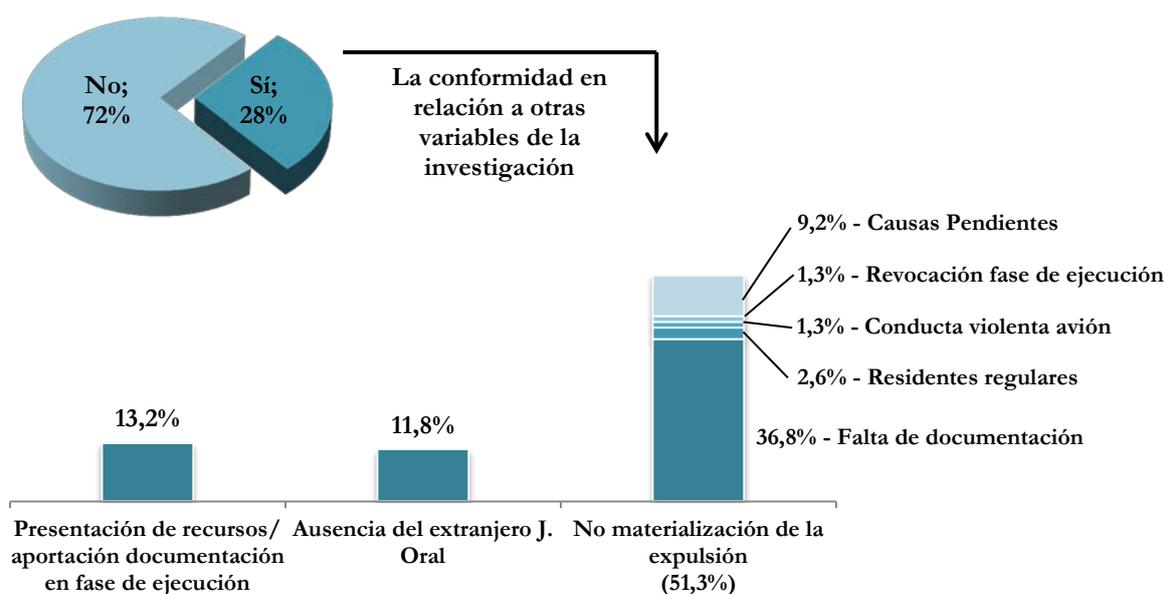
²⁴¹Los extranjeros que constan en la investigación como residentes regulares, si bien lo eran desde la comisión de los hechos, no ha habido una comprobación hasta la fase de ejecución o de materialización de la expulsión. En estos casos se ha solicitado y se ha impuesto en sentencia la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional.

Tribunal habrá oído en todo caso al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias’.

Por tanto, el dato obtenido en la investigación denotaría un grave fallo en el procedimiento de aplicación de la expulsión durante la celebración del juicio oral por haberse podido conformar la defensa del imputado sin estar presente físicamente él en el acto. Esto supondría que en este 11,8% de casos la expulsión sustitutiva adolecería de un gravísimo defecto procesal que podría conllevar la nulidad de lo actuado.

Este último dato, junto con los anteriores analizados, así como la relación con las sentencias de conformidad, y que se muestran en el siguiente gráfico, hacen que sea necesario realizar una serie puntualizaciones:

Gráfico II. La conformidad en relación a otras variables del procedimiento



(*) Fuente: Elaboración propia.

La primera consiste en barajar la posibilidad de falta de conocimiento por parte de los letrados de la defensa para proceder ante el planteamiento de la expulsión sustitutiva, así como una falta de comunicación entre éstos y sus defendidos.

La segunda, en relación a la falta de coordinación entre las administraciones para obtener información y comprobar circunstancias, por ejemplo del estatus administrativo del imputado, antes del planteamiento y acuerdo de la expulsión.

Por último, la posibilidad de que por parte de la acusación pública se haya solicitado en el escrito de calificaciones definitivas la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del art. 89 del CP, dando un margen muy limitado o inexistente al extranjero y su defensa para plantearse la posibilidad de la expulsión sustitutiva.

b.2 Solicitud de la expulsión por parte del Ministerio Fiscal.

La Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado establece con respecto al escrito de acusación del Ministerio Fiscal: 'No es admisible que, tratándose de extranjeros sin residencia legal se guarde silencio en el escrito de acusación provisional acerca de la aplicación del art. 89 del CP. [...] En garantía de los derechos de los propios acusados, acreditada su falta de residencia legal, salvo concurrencia de las circunstancias excepcionales ya señaladas, la expulsión del territorio español en sustitución íntegra de la pena habrá de ser solicitada por los Sres. Fiscales en el escrito de calificación provisional a fin de que tal petición sea oportunamente conocida por el acusado y pueda éste articular los medios de prueba que a su interés convengan' (FGE 2011: 102-103).

De lo anterior se desprende, por un lado, que los fiscales han de solicitar la sustitución en el escrito de calificaciones provisionales y que la solicitud ha de efectuarse en todos los supuestos salvo en los casos que excepciona el art. 89 del CP²⁴².

Según los datos de la investigación, se ha solicitado por parte del Ministerio Fiscal la expulsión del art. 89.1 del CP (modalidad de sustitución íntegra) en el 95,8% de los casos y en la modalidad de sustitución parcial (art.89.5 del CP) en el 0,7% de los supuestos. La expulsión no ha sido solicitada en el 3,5% de los casos.

²⁴² Sobre un análisis más exhaustivo sobre las razones que justifican el cumplimiento en un centro penitenciario en territorio nacional véase 3.6. Supuestos en que no se procede a la sustitución por expulsión del Capítulo I del presente trabajo. Págs. 59ss.

Analizando los datos sobre peticiones de expulsión en la modalidad de sustitución íntegra se observa que en el 95,8% casos ésta ha sido solicitada por parte de la fiscalía. Habiéndose sustituido la pena privativa por la expulsión del art. 89 del CP en sentencia en el 98,9%, de los casos. Respecto al porcentaje de casos (3,5%) en que el Ministerio Fiscal no ha solicitado la expulsión, ésta se ha acordado en sentencia en el 60% de los casos.

Analizando el porcentaje de solicitud de la modalidad de sustitución parcial (art.89.6 del CP), se observa que solamente ha sido solicitado en el 0,7% del total de casos. La condena final, en estos supuestos en que se ha solicitado la modalidad parcial, ha sido de 7 años y 4 meses, condenas que imposibilitaban la aplicación de la modalidad de sustitución íntegra (art. 89.1 del CP).

En la memoria de la Sección de Extranjería de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Barcelona del año 2011 (en adelante MFAPB), se establece con respecto a la solicitud de la aplicación del art. 89.5 del CP que ‘por su propia naturaleza y contenido la expulsión sustitutiva del último tramo de la pena es susceptible de aplicación no a penas cortas de privación de libertad sino a penas de una cierta entidad’ (MFAPB 2011: 8). Si bien en los dos casos analizados la condena impuesta excluye la aplicación del art. 89.1 del CP, en el resto de supuestos en que se ha solicitado la modalidad de sustitución íntegra, la media de condena es de 15,28 meses. Una media acorde con lo establecido en la memoria de la FAPB.

Para terminar este apartado, es precisa una puntualización en torno a lo establecido en la Circular 5/2011 de la FGE con respecto a la solicitud de la expulsión en las calificaciones provisionales. Como se ha explicado anteriormente, la Circular insta a los Fiscales a solicitarla en dichas calificaciones con la finalidad anteriormente descrita.

En la investigación realizada se detectaron varios casos en que la sustitución de la expulsión se solicitaba en la fase de juicio cuando el Ministerio Fiscal elevaba a definitivas dichas calificaciones.

Si bien fueron escasos supuestos, esta circunstancia fue planteada en la entrevista al Fiscal de extranjería quien justificó que esto sucedía en algunos casos porque ‘las

calificaciones provisionales, son eso, provisionales y que en el acto del juicio oral salen a la luz circunstancias que no están presentes en fases anteriores del proceso, lo que podía producir este cambio de circunstancias²⁴³. En este sentido, hubiera sido más aconsejable, dando el art. 89 del CP la posibilidad, trasladar la decisión a la fase de ejecución.

b.3 Asistencia del acusado al juicio oral.

El art. 89 del CP obliga a sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión:

‘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.’

Se podría desprender de este enunciado que sólo es necesaria la previa audiencia del penado cuando se vaya a valorar el cumplimiento en nuestro país y en cambio no cuando se vaya a proceder a la sustitución. Sobre este aspecto concreto, la Circular 5/2011 de la FGE establece que ‘dicha interpretación es contraria a nuestro orden constitucional en el que la audiencia del condenado se erige en uno de los requisitos ineludibles previos a la toma de cualquier decisión que le afecte, al estar vinculado con el principio de individualización judicial de las penas que es aplicable a las medidas sustitutivas de la prisión’ (FGE 2011: 100-101).

Planteada la cuestión teórica, los datos de la investigación realizada muestran que en el 76,2% de los casos el acusado ha asistido al juicio y que no ha sido así en el 23,8% de los supuestos. En los casos de ausencia del extranjero se ha sustituido la pena por la expulsión en el 98,8% de los supuestos no aplicándose en el 1,7%.

La STS 25/2011 de 1 febrero establece que ‘es necesario habilitar un espacio de contradicción con la finalidad de que el penado, junto con su defensa tenga la oportunidad de alegar y probar sobre las circunstancias que consideren oportunas. El requisito de audiencia se cumple independientemente de que la defensa haya hecho uso

²⁴³ Entrevista realizada el día 15 de mayo de 2014.

o no, ya que no puede quedar condicionado a estrategias procesales o al arbitrio de las partes²⁴⁴.

A los diferentes profesionales entrevistados –a excepción la Inspectora de Policía y a la responsable de la Sección de Extranjería de la DGSP- se les planteó la siguiente pregunta: En juicios en ausencia del imputado con solicitud de expulsión sustitutiva, ¿es adecuado acordar la medida del art. 89 del CP?

Las respuestas dadas al respecto varían. El criterio seguido por el Juez de lo Penal²⁴⁵ es que en su caso no expulsa en juicios en ausencia si anteriormente no se le ha preguntado sobre sus circunstancias personales en la fase de instrucción²⁴⁶. En esta misma línea, el Fiscal de Extranjería²⁴⁷ ofrece el mismo planteamiento, añadiendo que también en algunos casos puede existir una dejadez por parte de los abogados, y que los agentes del sistema judicial al no conocer al detalle las circunstancias personales del extranjero pueden haber procedido a la sustitución por la expulsión en juicios en ausencia, sin anteriormente haber estado informado el extranjero de la pena peticionada.

Por el contrario el Juez de Ejecución²⁴⁸ no está de acuerdo en que se produzca la sustitución en juicios en ausencia del imputado, justificándolo desde la perspectiva de la vulneración de derechos del extranjero, específicamente el derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el art. 24 de la CE²⁴⁹, lo cual pone en riesgo derechos

²⁴⁴ En esta misma línea *vid.* SSTs 1231/2006, de 23 de noviembre; 35/2007, de 25 de enero; 108/2007, de 13 de febrero; 166/2007, de 14 de febrero; 140/2007, de 26 de febrero; 682/2007, de 18 de julio; 125/2008, de 20 de febrero; 165/2009, de 19 de febrero; 498/2009, de 30 de abril; 439/2010, de 12 de mayo; 791/2010, de 28 de septiembre; 1016/2010, de 24 de noviembre.

²⁴⁵ Entrevista realizada el día 14 de febrero de 2015.

²⁴⁶ En la investigación realizada no se han recopilado datos relativos a la fase de instrucción. No pudiendo corroborar las respuestas dadas por el Juez de lo Penal y el Fiscal de Extranjería.

²⁴⁷ Entrevista realizada el 15 de mayo de 2014.

²⁴⁸ Entrevista realizada el 24 de enero de 2014.

²⁴⁹ Art. 24. de la CE: '1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos?.

fundamentales como el de contradicción y el de audiencia ya que el art. 24 de la CE no diferencia por el hecho de ser extranjero, reconoce el derecho a “todas las personas”.

b.4 Valoración del arraigo y aportación de documentación.

En este apartado se van a analizar tres variables recopiladas en la investigación que están directamente relacionadas. En primer lugar se analizará el procedimiento llevado a cabo por los Juzgados de lo Penal para realizar la valoración del arraigo. En segundo lugar, el resultado de la valoración del arraigo –en los casos que se haya realizado-. En tercer lugar, si el extranjero o los letrados de la defensa han aportado documentación para demostrar que la persona está integrada en la sociedad, y por tanto, es contraproducente acordar la expulsión sustitutiva.

A) Valoración del arraigo y resultado de la misma:

Como ya se ha puesto de manifiesto en el Capítulo I de este trabajo²⁵⁰, el art. 89 del CP establece una excepción a la aplicación preceptiva de la expulsión del territorio:

‘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’.

Esta excepción ha sido interpretada por la jurisprudencia en el sentido que ‘el extranjero tiene derecho a la individualización racional de la pena, teniendo en cuenta sus circunstancias familiares y laborales’ (STS 1016/2006, de 23 de noviembre)²⁵¹. Esto implica, siguiendo la doctrina del TEDH por interpretación del art. 8 del CEDH²⁵², que se ha de valorar tanto el arraigo de permanencia (tiempo de permanencia en nuestro país, especialmente en los casos de extranjeros de segunda generación o que hayan

²⁵⁰ Véase apartado 3.5 Carácter preceptivo o discrecional del Capítulo I. Págs. 49y ss.

²⁵¹ En este mismo sentido véase En este sentido *vid.* ATC 106/1997, de 17 de abril; STC 203/1997, de 25 de noviembre; SSTC 901/2004, de 8 de julio; 906/2005, de 8 de julio; 832/2006, de 24 de julio; 35/2007, de 25 de enero; 125/2008, de 20 de febrero; 25/2011, de 1 de febrero, entre otras.

²⁵² En interpretación del art. 8 del CEDH que establece: ‘1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás’.

nacido en nuestro país, así como la actividad laboral) como el arraigo familiar²⁵³, así como los posibles riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de torturas o tratos degradantes en su país de origen²⁵⁴, según lo establecido en el art. 3 del CEDH²⁵⁵.

Durante el trabajo de campo, se constató que en las valoraciones del arraigo no se utilizaban las directrices marcadas por la jurisprudencia nacional e internacional. Por ello fue necesario reinterpretar más que el concepto de arraigo, el concepto de valoración del arraigo y adaptarlo a la investigación. El concepto utilizado se muestra a continuación:

‘Se habrá realizado una valoración adecuada del arraigo del extranjero si, además de corroborar su situación administrativa, se ha valorado o preguntado -aunque haya sido tangencialmente- sobre sus circunstancias personales y laborales.

Por el contrario, en los casos en que solamente se ha comprobado su situación administrativa se ha entendido que no se ha realizado una valoración individualizada de la situación del extranjero’.

Los datos sobre la valoración del arraigo mostraron que en el 35,8% de los casos se ha producido por parte del órgano judicial una valoración de las circunstancias personales y laborales del extranjero.

Del total de casos en los que se ha realizado una valoración de las circunstancias personales y laborales, solamente en el 0,4% de los supuestos, el resultado ha sido

²⁵³ Sobre la interpretación del TEDH del art. 8 del CEDH *vid.*: Asunto MOUSTAQUIM contra BÉLGICA (STEDH de 18 de febrero de 1991), Asunto BOUJLIFA contra FRANCIA (STEDH 21 de octubre de 1997); Asunto BOUCHELKIA contra FRANCIA (STEDH 29 de enero de 1997) Asunto BENSAID contra REINO UNIDO (STEDH de 6 de febrero de 2001); Asunto BOULTIF contra SUIZA (STEDH de 2 de agosto de 2001), Asunto SEN contra HOLANDA (STEDH de 21 de diciembre de 2001); Asunto SOUZA RIBEIRO contra FRANCIA. (STEDH de 13 de diciembre de 2012), entre otras.

²⁵⁴ En este sentido véase: Asunto CHACAL contra REINO UNIDO, (STEDH de 15 de noviembre de 1996); Asunto AHMEND contra AUSTRIA (STEDH de 17 de diciembre de 1996); Asunto KALANTARI contra ALEMANIA (STEDH 11 de octubre de 2001); Asunto AL-ADSANI contra REINO UNIDO (STEDH 21 de noviembre de 2001); Asunto K.K.C contra HOLANDA, (STEDH 21 de diciembre de 2001); Asunto EL-MASRI contra MACEDONIA (STEDH 13 de diciembre de 2012); Asunto M.E contra FRANCIA (STEDH de 6 de junio de 2013); Asunto A.C y OTROS contra ESPAÑA (STEDH 22 de abril de 2014).

²⁵⁵ Art. 3 del CEDH: ‘Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes’.

positivo no produciéndose la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio.

En los casos en que no se ha producido la valoración del arraigo, es decir en el 62,1%, se ha procedido a la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del art. 89 del CP en el 97,2% de los casos.

B) Aportación de documentación:

Cuando se solicite la expulsión sustitutiva por parte de la acusación, se deberá cumplir con el requisito de previa audiencia. En este momento el extranjero y/o su defensa podrán manifestar lo que les convenga, así como proponer prueba sobre cualquier aspecto que consideren relevante y que pueda incidir en la decisión (FGE 2011: 101)²⁵⁶

Tras el estudio, en el 3,6% de los casos analizados se ha aportado documentación por parte del extranjero y/o los letrados de su defensa. No ha sido así en el 96,4% de los supuestos. En los casos en que se ha aportado documentación se ha procedido a la sustitución de la pena privativa de libertad en el 90% de los casos. Solamente en un supuesto en los que se ha aportado documentación no se ha procedido a la sustitución del art. 89 del CP.

Los documentos que suelen presentar para acreditar una vida estable son: contratos de arrendamiento, documentación de muy variada procedencia que acredita que tienen hijos en el territorio nacional, partidas de matrimonio contraídos en los países de origen asociados a documentación de reagrupación familiar, etc. En ninguno de los casos analizados se han presentado contratos laborales, más allá de la palabra del extranjero asegurando que trabajaba pero sin poder acreditarlo. Sobre este particular, en una conversación con el secretario judicial del juzgado de lo penal nº 12²⁵⁷ sobre la documentación que presentaban los extranjeros comentó que asumía que era muy

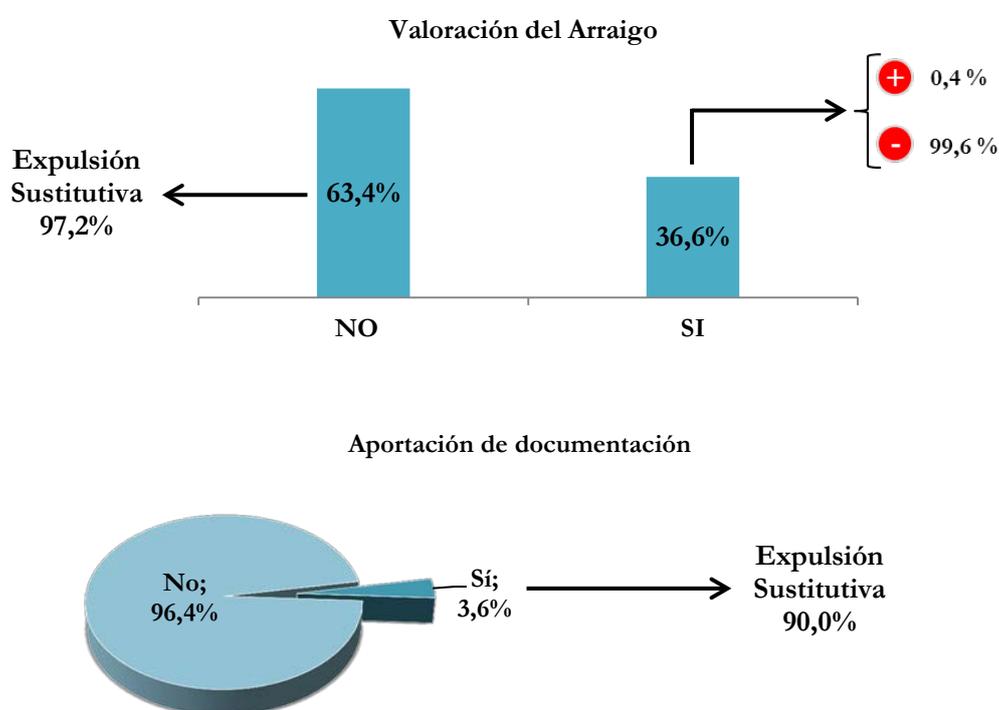
²⁵⁶ En este sentido *vid.* SSTs 710/2005, de 7 de junio; 601/2006, de 31 de mayo; 832/2006, de 24 de julio; 1099/2006, de 13 de noviembre; 1177/2006, de 1 de diciembre; 35/2007, de 25 de enero; 682/2007, de 18 de julio; 125/2008, de 20 de febrero; 648/2009, de 23 de junio; 1027/2009, de 22 de octubre; 1216/2009, de 3 de diciembre; 379/2010, de 21 de abril; 439/2010, de 12 de mayo; 791/2010, de 28 de septiembre.

²⁵⁷ Comunicación personal el día: 2 de agosto de 2013.

complicado poder acreditar unas circunstancias personales y laborales adecuadas para plantearse la no aplicación de la expulsión sustitutiva.

Tras el análisis de estas variables es preciso plantear una serie de cuestiones sobre los resultados de la investigación que se muestran a continuación:

Gráfico III. Valoración del arraigo y aportación de documentación.



(*) Fuente: Elaboración propia.

En primer lugar se puede destacar que en el estudio realizado no se han tenido en cuenta las directrices marcadas por la jurisprudencia nacional e internacional para realizar una valoración adecuada del arraigo. En segundo lugar, las valoraciones que se realizan son escasas, resultando incluso, en algunos casos, inexistentes.

En tercer lugar, la expulsión sustitutiva se ha acordado casi en la totalidad de los casos sin anteriormente haber realizado una valoración de las circunstancias personales y

laborales del extranjero. En este sentido, sería más adecuado -porque el art. 89 del CP lo permite- derivar la decisión sobre la sustitución a la fase de ejecución, en vez de acordarla en sentencia sin disponer de todos los datos sobre la viabilidad de la aplicación.

En cuarto lugar, los extranjeros tienen dificultades para acreditar una vida estable en el territorio, estabilidad derivada en la mayoría de los casos, de su situación administrativa.

En quinto lugar, y en relación a la última variable analizada, se ha percibido durante el trabajo de campo -y ya se ha puesto de manifiesto en variables anteriores- una cierta dejadez y desconocimiento por parte de los abogados de la defensa del extranjero, que se traduce en la práctica, en falta de oportunidades del extranjero para alegar o proponer prueba en la celebración del juicio oral.

b.5 Delitos cometidos.

La siguiente variable analizada en el estudio ha sido el delito que ha determinado que los sujetos se encontraran inmersos en un procedimiento de expulsión sustitutiva.

El tipo delictivo mayoritario ha sido la conducta regulada en el art. 368 del CP, específicamente, el delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud²⁵⁸. El segundo y tercer tipo delictivo ha sido el delito de robo²⁵⁹ (art. 237 del CP) y el robo en grado de tentativa (art. 237 y 16 del CP). En cuarto lugar, se sitúa el hurto en grado de tentativa (art. 234 y 16 del CP), seguido del delito de hurto (art. 234 del CP). En quinto lugar, falsedad documental (art. 390 del CP) El resto de conductas delictivas cometidas son de muy diferente naturaleza²⁶⁰.

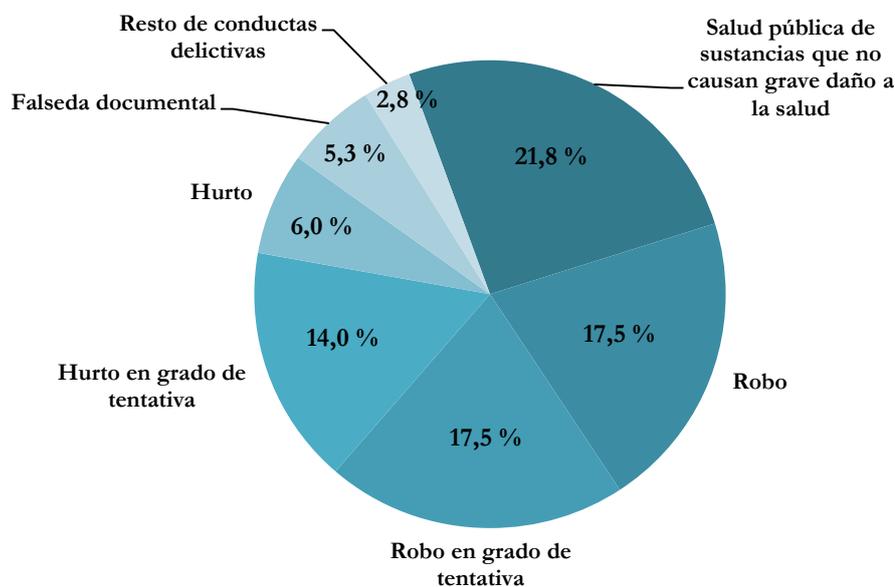
²⁵⁸ La reforma operada por la LO 5/2010 modifica este artículo introduciendo una cláusula de flexibilidad en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable (párrafo segundo). En el estudio realizado, esta modificación ha afectado a la duración de la condena de los extranjeros que habían sido condenados por el citado artículo. Si bien se ha disminuido la duración de la condena en estos supuestos, no se ha dado la posibilidad de replantearse la expulsión sustitutiva, o por lo menos, replantearse el plazo de prohibición de no regreso.

²⁵⁹ Para el objeto de esta investigación, se ha incluido dentro de la conducta tipificada en el art. 237 del CP tanto la modalidad de robo con fuerza como la de violencia e intimidación.

²⁶⁰ El resto de delitos cometidos han sido: contra la seguridad vial (2,8 %), contra la salud pública (2,5%), atentado a la autoridad (2,1%), maltrato en el ámbito familiar (1,8%), quebrantamiento de condena (1,4%), receptación (1,4%), lesiones (1,1%), amenazas (1,1%), lesiones en el ámbito familiar

Estos delitos vienen representados en el siguiente gráfico:

Gráfico IV. Delitos cometidos (principal)



(*) Fuente: Elaboración propia.

En algunos de los supuestos registrados, los extranjeros han cometido un segundo delito²⁶¹. Del conjunto de los delitos secundarios, el más registrado ha sido el robo (art. 237 del CP) con un 35,3% de los casos. En segundo lugar el delito de atentado a la autoridad (art. 544 del CP) con un 17,6%. En tercer lugar, el delito de estafa (art. 248 del CP) y el delito de lesiones (art. 147 del CP) ambos cometidos en un 11,8%. En último lugar, los delitos de falsedad documental (art. 390 del CP), quebrantamiento de condena (art. 468 del CP), allanamiento de morada (art. 202 del CP) y contra la seguridad vial (art. 379 y ss. del CP) en un 5,95 respectivamente.

Los delitos cometidos mayoritariamente han sido los que atentan contra dos bienes jurídicos diversos: el patrimonio y la salud pública. Atendiendo a los datos del Ministerio de Interior relativos al año 2013, los dos delitos mayoritarios cometidos por

(0,7%), coacciones (0,7%), agresión sexual, daños (por incendio), desorden público, hurto con agravante, amenazas en el ámbito familiar, contra la propiedad intelectual y contra la propiedad industrial (0,4%).

²⁶¹ Los porcentajes de estos delitos están calculados sobre el total del colectivo que ha sido condenado a este segundo delito.

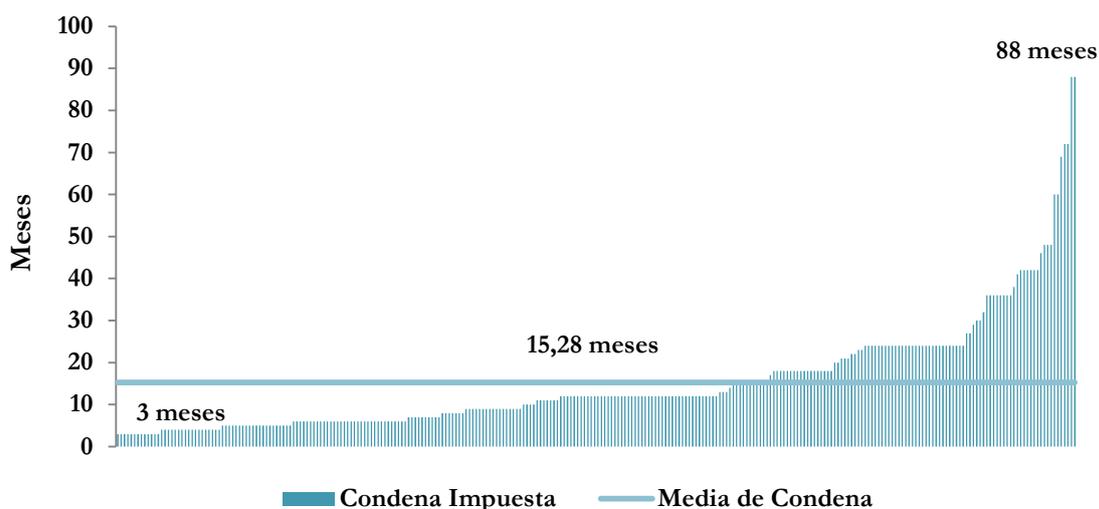
la población reclusa a nivel estatal son los que se han detectado en esta investigación como los más numerosos²⁶².

Tiene lógica pensar que sean este conjunto de delitos por los que más se solicite la expulsión sustitutiva. Otro aspecto que puede ir asociado a que el colectivo analizado cometa en mayor grado estas conductas puede deberse a que su situación administrativa les impide poder tener una situación laboral lícita.

b.6 Condena impuesta.

El tiempo de condena se ha computado en meses. La media de condena de los 285 casos analizados ha sido de 15,28 meses, duración que va en consonancia con la mayoría de los delitos cometidos.

Gráfico V. Condena impuesta (meses)



(*) Fuente: Elaboración propia.

Sobre esta variable son precisas dos observaciones. En primer lugar, el art. 89 del CP establece que serán sustituidas las penas privativas de libertad. Sobre esta cuestión se ha generado un debate por parte de la doctrina y la jurisprudencia²⁶³ acerca de si comprende la sustitución a todas las penas que se contemplan en el art. 33 del CP como

²⁶² Los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico representan el 37,6% y los delitos contra la salud pública el 24,8% del total. Siendo los dos mayoritarios del total de población reclusa. Pág. 387.

²⁶³ Véase 'Penas susceptibles de la aplicación de la expulsión' del Capítulo I del presente trabajo. Págs. 42 ss.

privativas de libertad, es decir, la prisión, la localización permanente y la RPSPIM, o por el contrario sólo la pena de prisión.

Tras la investigación, se constata que las únicas penas que se han sustituido por la expulsión del territorio han sido penas de prisión, lo que va en consonancia con el sector de la doctrina que entiende que la única pena privativa que ha de sustituirse es la prisión por cómo está configurado el art. 89 del CP²⁶⁴.

En segundo lugar, la expulsión sustitutiva es una consecuencia jurídica en la que no hay posibilidad de discrecionalidad cuando el órgano judicial la acuerda. Independientemente de la duración de la pena impuesta, la sustitución por expulsión es idéntica. La diferencia viene contemplada en los años de no regreso asociados a la medida, que deberán, en principio, ir en consonancia con el delito y especialmente con la duración de la pena²⁶⁵.

b.7 Sustitución de la pena por la expulsión del territorio.

En esta fase del proceso, se ha acordado la sustitución de la pena privativa de libertad – prisión- en el 96,8% de los casos. No ha sido así en el 3,2%.

Los datos corroboran el automatismo existente en la aplicación de la expulsión sustitutiva. Como se ha ido exponiendo a lo largo del capítulo, en algunos de los supuestos hubiera sido más aconsejable trasladar la decisión de la sustitución a la fase de ejecución –no ha habido valoración del arraigo o ausencia del extranjero a la vista del juicio oral-.

Si bien los resultados muestran en qué medida y condiciones se está acordando la expulsión, es necesario analizar los recursos ante la AP y el proceso en fase de ejecución para poder extraer datos más fiables sobre el acuerdo de la expulsión.

b.8 Plazo de prohibición de no regreso.

²⁶⁴ En este sentido véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2007:639); BRANDARIZ GARCÍA (2011: 181).

²⁶⁵ Esta observación se analizará de manera más pormenorizada en la siguiente variable: ‘plazo de prohibición de no regreso’.

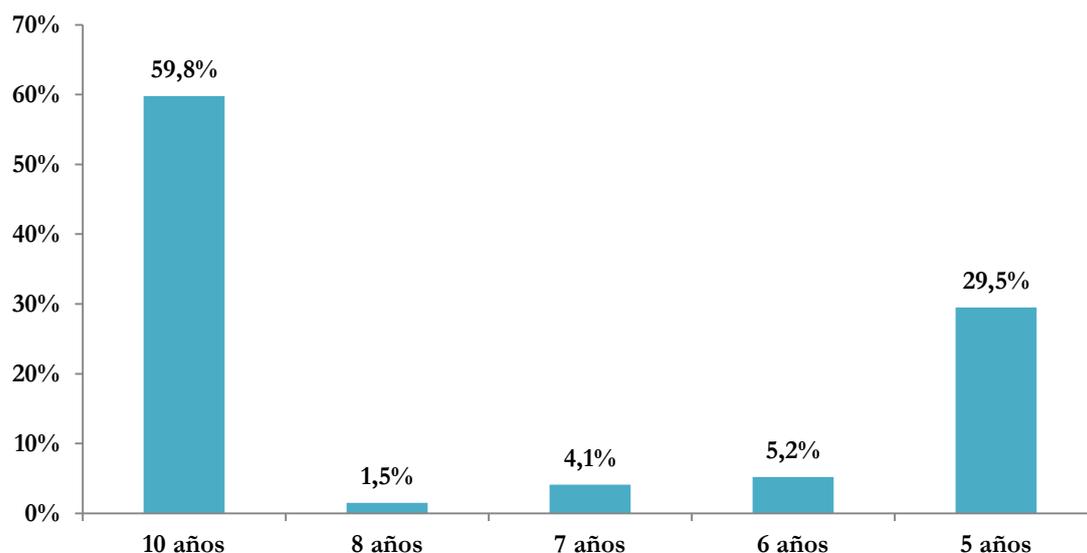
Una de las novedades de la reforma operada por la LO 5/2010 respecto de la expulsión penal fue que modificó el plazo de prohibición de no regreso estableciendo un margen discrecional entre los 5 y los 10 años. En la redacción inmediatamente anterior a la reforma, el plazo de no regreso era de 10 años. Este plazo por tanto, si bien se podía considerar desproporcionado, no suponía mayores problemas de aplicación.

Si bien con la reforma constituyó un acierto establecer un margen de no regreso que se pudiese adaptar al delito cometido y a la duración de la pena objeto de sustitución, y por tanto, dotar a la medida de expulsión de una mayor proporcionalidad, el problema podía derivarse de saber cuál era el plazo más adecuado al caso concreto.

Sobre esta cuestión se pronunció la Fiscalía Provincial de Madrid (en adelante FPM). En su Instrucción 2/2011 estableció una escala orientativa en relación a la duración de la pena solicitada.

La escala planteada fue la siguiente: pena inferior a dos años de prisión: 5 años de no regreso; pena entre 2 y 3 años: 6 años de no regreso; pena entre 3 y 4 años: 7 años de no regreso; pena entre 4 y 5 años: 8 años de no regreso; pena entre 5 y 6 años: 9 años de no regreso y penas de 6 años en adelante: 10 años de no regreso (FPM 2011: 11).

Gráfico VI. Plazo de no regreso



(*) Fuente: Elaboración propia.

Los resultados de la investigación han mostrado que en el 59,8% de los casos se ha impuesto el plazo máximo permitido de 10 años. En el 29,5% se ha establecido el plazo mínimo de 5 años. En el 5,2% se ha impuesto un plazo de 6 años, en el 4,1% se han acordado 7 años, y finalmente, 8 años en el 1,5% de los supuestos.

Como ya se adelantaba en la variable anterior, lo que determinaría la individualización de la expulsión, no sería el acuerdo de la misma en sí, sino los años de prohibición de no regreso asociados a la medida. En este sentido, expuestos los datos, se hace necesario realizar dos observaciones.

Durante el trabajo de campo, se crearon dos variables asociadas a esta medida accesoria regulada en el art. 89 del CP. La primera dirigida a recopilar los años que se imponían, la segunda, para registrar las motivaciones asociadas a la determinación de la imposición. La segunda variable, tras el estudio quedó descartada por no haberse motivado en ninguno de los casos analizados los años de no regreso impuestos. Esta cuestión fue planteada al Juez del juzgado de lo penal nº 20²⁶⁶ quien argumentó que el criterio seguido en su juzgado era el de establecer el mínimo de años por lo que no tenía por qué justificarlo.

En segundo lugar, analizando la duración de la condena impuesta en relación con los años de no regreso se observa que no hay un criterio proporcional en la determinación del plazo de prohibición de no regreso.

Por ejemplo, en las condenas de 3 meses de prisión, en el 33,3% de los casos se ha impuesto una duración de no regreso de 5 años y en el 66,7% se ha establecido un plazo de 10 años. En las condenas de 6 meses de prisión, en el 43,8% de los casos se ha impuesto un plazo de no regreso de 5 años, en el 3,1% un plazo de 6 años, y en el 53,1% el plazo máximo de 10 años.

En condenas de 1 año de prisión, en el 21,3% se han impuesto un plazo de 5 años, en el 6,4% un plazo de 6 años, en el 2,1% un plazo de 7 años y en el 70,2% un plazo de 10 años. Finalmente, en los dos casos registrados con mayor pena, 72 meses (6 años), la prohibición de no regreso ha sido de 7 años.

²⁶⁶ Entrevista realizada el día 14 de febrero de 2014.

De los resultados no se pueden extraer conclusiones sobre los criterios seguidos para acordar determinados años de no regreso. Lo que podría concluirse en todo caso, es que los parámetros seguidos –si han existido aunque no se hayan argumentado en la sentencia- se han generado a partir del criterio personal del juzgador.

c) Los recursos ante la Audiencia provincial.

Tras el análisis de las variables relativas a la fase de juicio oral, se recopilieron los datos de los recursos presentados ante la AP de Barcelona.

En el lapso temporal analizado, los recursos que se interpusieron ante la AP fueron el 68,1% del total de supuestos que podían acudir a esta segunda instancia²⁶⁷. No se ha recurrido, por tanto, en el 31,9% de los casos.

Los recursos que se han presentado ante la AP han sido o por parte de los extranjeros o por parte del Ministerio Fiscal. En la totalidad de los recursos presentados por los condenados se ha solicitado la revocación de la expulsión sustitutiva. En contraposición, el Ministerio Fiscal solicitaba que se acordara la expulsión penal.

Los recursos desestimados han sido el 88,9%. Se ha estimado el 11,1% correspondiente: en el 2,8% se ha estimado el recurso y en el 8,3% si bien ha habido estimación, ésta ha sido parcial.

Los pronunciamientos de la AP han sido: revocación de la expulsión en el 18,8%. Acuerdo de la expulsión sustitutiva en el 12,5% de los casos. En el resto de casos (68,7%) se han modificado los años de no regreso o la duración de la pena privativa de libertad²⁶⁸

²⁶⁷ Las sentencias de conformidad impiden recurrir en segunda instancia. El total de sentencias de conformidad del estudio realizado es del 28%. Por tanto, para la extracción de resultados en esta fase del proceso se han excluido los datos asociados a las sentencias de conformidad.

²⁶⁸ En los casos que la AP se ha manifestado sobre el plazo de prohibición de no regreso ha sido para disminuir la duración. En estos casos los delitos por los que estaban condenados los extranjeros eran delitos contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud –la reforma operada por la LO 5/2010 modificó la pena asociada a esta conducta disminuyendo la duración-. En todos estos casos disminuyó la duración de no regreso a 5 años. Si bien -porque no se recopiló en la investigación- no se puede saber cómo justificaron este plazo, lo que denota es que siguen una línea constante para determinar el plazo de prohibición de no regreso, a diferencia de lo observado en la fase de juicio oral.

Finalmente, es preciso realizar una puntualización en torno a las competencias de los juzgados de lo penal y las Audiencia provinciales. La LECrim establece en su art. 14.3 en relación a la competencia de los juzgados de lo penal:

‘Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido, o el Juez de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en su caso, o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio, sin perjuicio de la competencia del Juez de Instrucción de Guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad, o del Juez de Violencia sobre la Mujer competente en su caso, en los términos establecidos en el artículo 801.

No obstante, en los supuestos de competencia del Juez de lo Penal, si el delito fuere de los atribuidos al Tribunal del Jurado, el conocimiento y fallo corresponderá a éste’.

Respecto de la competencia de la AP, el art. 82.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁶⁹ (en adelante LOPJ) establece:

‘Las Audiencias Provinciales conocerán en el orden penal:

1º. De las causas por delito, a excepción de los que la Ley atribuye al conocimiento de los Juzgados de lo Penal o de otros Tribunales previstos en esta Ley

2º. De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Instrucción y de lo Penal de la provincia.

Para el conocimiento de los recursos contra resoluciones de los Juzgados de Instrucción en juicio de faltas la audiencia se constituirá con un solo Magistrado, mediante un turno de reparto.

Respecto a las resoluciones que acordaron una nueva duración de la pena privativa de libertad, en la mayoría de los supuestos ha sido para reducir el tiempo de condena. En este sentido, los delitos han sido de muy diversa tipología.

²⁶⁹ Publicado en: «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 1985, páginas 20632 a 20678 (47 págs.).

3°. De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones en materia penal dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de la provincia. A fin de facilitar el conocimiento de estos recursos, y atendiendo al número de asuntos existentes, deberán especializarse una o varias de sus secciones de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la presente Ley Orgánica. Esta especialización se extenderá a aquellos supuestos en que corresponda a la Audiencia Provincial el enjuiciamiento en primera instancia de asuntos instruidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de la provincia.

4°. Las Audiencias Provinciales conocerán también de los recursos contra las resoluciones de los Juzgados de Menores con sede en la provincia y de las cuestiones de competencia entre los mismos.

5°. De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, cuando la competencia no corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional'

Por tanto, los juzgados de lo penal serán competentes del conocimiento y fallo de las causas con penas privativas de libertad de duración no superior a 5 años y las Audiencias provinciales conocerán de las causas por delito cuya pena en abstracto sea superior a 5 años.

Para el caso de la expulsión del art. 89 del CP, las Audiencias provinciales podrán resolver sobre la expulsión en las causas por delitos superiores a 5 años pudiendo acordar la expulsión en ambas modalidades.

Durante el trabajo de campo me planteé las siguientes cuestiones: ¿Cómo resolvía la AP en los casos de extranjeros en situación irregular que habían cometido un delito con penas en abstracto superiores a 5 años? ¿Qué modalidad de expulsión aplicarían, la íntegra o la parcial? y ¿Qué plazos de prohibición acordarían?

En un intento de resolver estas dudas, me puse en contacto con la AP de Barcelona. Las respuestas que recibí fueron desalentadoras. La única información que recibí al respecto, fue que los criterios de actuación de la AP dependían de cada sección y esa información no la podían proporcionar.

En este sentido sería interesante analizar la práctica de las AP en los casos sobre los que conocen y que sea de aplicación lo establecido en el art. 89 del CP conocer los criterios y procedimiento seguido, porque los supuestos que tienen que juzgar tienen una gravedad mayor respecto los que competen a los juzgados de lo penal, pudiendo ser complementario a esta investigación.

d) La fase de ejecución.

La recopilación de los datos se realizó en los cuatro juzgados de lo penal encargados de la ejecución en la ciudad de Barcelona. Estos órganos son los encargados de ejecutar las penas impuestas en las sentencias.

En esta fase se va a analizar el procedimiento llevado a cabo por los juzgados para materializar la expulsión del art. 89 del CP. Con este fin se han recopilado un total de 16 variables: situación administrativa, documentación del extranjero, solicitud del juez a comparecencia, asistencia del extranjero a la comparecencia, solicitud del juez de aportación de documentación, aportación de documentación por parte del extranjero, valoración del arraigo, resultado de la valoración del arraigo, resolución del auto, solicitud e ingreso en CIE, solicitud e ingreso en centro penitenciario y lugar de ingreso.

d.1 Situación administrativa y documentación del extranjero.

Dos circunstancias necesarias para continuar con el procedimiento del art. 89 del CP son: conocer la situación administrativa, y obtener la documentación del país de origen del extranjero condenado.

Los datos de la investigación han mostrado con respecto a la situación administrativa que el 95,8% de los extranjeros se encontraban en situación irregular y un 4,2% tenían una situación administrativa regular. Si nos remontamos a los datos obtenidos sobre esta variable en la fase de instrucción los datos establecían que en el 100% de los casos los extranjeros se encontraban en situación irregular.

Se pudo comprobar durante la realización del trabajo de campo que la situación de regularidad del 4,2% de los extranjeros era posterior a la comisión de los hechos. Por

tanto, si esta circunstancia se hubiera evaluado correctamente al inicio del proceso, no se hubiera acordado la expulsión sustitutiva.

Antes de profundizar en este aspecto, es preciso comentar que no hay un procedimiento estándar para ejecutar la expulsión del art. 89 del CP en los cuatro Juzgados de ejecución, lo que implica que cada uno de manera individual sigue sus propios criterios de actuación.

Solamente en uno de los cuatro Juzgados objeto de estudio, cuando inician la tramitación de un expediente de expulsión lo primero que hacen es oficiar a la UCRIF para solicitarles la situación administrativa del extranjero, y que informen sobre si tiene algún procedimiento de expulsión por vía administrativa o penal, y sobre si en algún momento se ha procedido a materializar la expulsión y no se ha podido llevar a cabo. A partir de esta información se decide si ejecutar la medida o por el contrario, revocar la expulsión.

En los otros tres Juzgados objeto de estudio el proceso es diferente: lo que se hace es oficiar a la UCRIF para que ejecuten la expulsión del art. 89 del CP, estableciendo el internamiento en CIE o Centro Penitenciario. Lo que conlleva esta forma de actuar es que en muchos casos la situación administrativa se comprueba una vez que el extranjero está internado en el CIE o en prisión.

Del 4,2% en que los extranjeros se encontraban en situación regular, en uno de ellos se comprobó su situación administrativa cuando estaba internado en el CIE, en cinco de los casos se revocó la expulsión en auto, no solicitando ingreso en CIE o centro penitenciario y sustituyendo la pena inicial de prisión por la suspensión de la condena durante 2 años, y en el resto de los casos se solicitó el internamiento en CIE o centro penitenciario pero el extranjero finalmente no entró.

La pena que finalmente se ejecutó fue en un 9,1% pena de prisión, en otro 9,1% el extranjero se encontraba en busca y captura y en el 80,8% la pena privativa de libertad se sustituyó por la suspensión de la condena (en el 72,7% durante 2 años, y en el 9,1% durante 3 años).

Por tanto, si se hubiera actuado correctamente desde el inicio del procedimiento este grupo de personas no hubiera tenido que pasar por un procedimiento de expulsión del territorio.

Si bien se asume que el sistema penal no contempla de manera adecuada el procedimiento para comprobar la situación administrativa, también cabe pensar que los letrados de la defensa de los extranjeros tampoco actuaron diligentemente, ya que en ninguno de los casos se aportó documentación al respecto en la fase de juicio oral, aportando en la fase de ejecución documentación acreditativa, el 50% de los extranjeros.

En segundo lugar, para poder proceder a la materialización de la expulsión del territorio es necesaria la documentación del país de origen. En la fase de juicio oral no es tan importante comprobar que el extranjero está documentado, siendo más relevante acreditar los presupuestos materiales del art. 89 del CP, pero en esta fase del proceso sí es necesario comprobar la documentación de la persona porque de ello dependerá que se continúe con la materialización de la medida. Los datos de la investigación han mostrado que en la fase de ejecución el 59,6% de los extranjeros no tenía documentación de su país de origen frente al 40,4% que sí disponía de ella. Si nos remontamos a la fase de juicio oral los datos sobre esta variable mostraban que solamente el 2,5% de los extranjeros estaba documentado. Nuevamente los datos varían notablemente con respecto a los datos del inicio del proceso.

d.2 Solicitud del Juez y asistencia del extranjero a la comparecencia.

Los juzgados de ejecución tienen la función de materializar y realizar el seguimiento de la pena o medida impuesta en sentencia, teniendo por ello un margen menor de discrecionalidad para elegir la pena o medida que finalmente cumplirá el reo, o el extranjero en el supuesto de la expulsión del territorio.

Dentro del margen de discrecionalidad que poseen en el caso del art. 89 del CP, los jueces pueden solicitar que el extranjero comparezca porque no estén claras las circunstancias personales o laborales del extranjero. La investigación ha mostrado que

en el 7,1%²⁷⁰ se ha solicitado por parte del Juzgado de ejecución que el extranjero comparezca habiendo asistido a dicha comparecencia el 78,9% de los citados. Por otra parte, ha habido extranjeros que han asistido al juzgado para comparecer sin que lo hubiera solicitado anteriormente el órgano judicial, concretamente el 1,1%.

En relación al 78,9% de extranjeros que han asistido a la comparecencia, en el 5,3% de los casos el objeto de la comparecencia ha sido la de solicitar la revocación de la expulsión que fue acordada en sentencia. Lo relevante de este porcentaje -5,3%-, es que había recaído sentencia de conformidad en la fase de juicio oral. Por tanto, y volviendo a una de las ideas planteadas a lo largo del presente capítulo, estas actuaciones por parte del extranjero y los letrados de la defensa denotan una falta de conocimiento sobre el procedimiento a seguir respecto al art. 89 del CP.

Con la investigación se tuvo acceso a los documentos que recogían las comparecencias realizadas. A modo de ejemplo, se expone una comparecencia realizada el 11 de enero de 2012 en el juzgado de lo penal nº 21 a un ciudadano marroquí condenado por un delito de robo con violencia (art. 237, 242.1 del CP) a 2 años de prisión. En la sentencia no se sustituyó la pena de prisión por la expulsión del territorio acordándose que esta circunstancia se valorara en la fase de ejecución. La sentencia había sido de conformidad.

-¿Usted qué nacionalidad tiene? Marruecos.

-¿Está interesado en sustituir la pena de prisión por la expulsión del territorio? No, quiero quedarme en España.

-¿A qué edad vino a España? A los 18 años

-¿Ahora cuántos años tiene? Tengo 24 años.

-¿Tiene alguna relación familiar en España, ya sea familia marroquí o española? Sí, la chica que me acompaña es mi pareja de hecho (*Muestra la documentación que así lo acredita*). Además, tengo una hermana y tres tíos.

-¿Y todos ellos tienen permiso de residencia? Sí, todos.

²⁷⁰ Como ya se ha comentado anteriormente, cada juzgado de ejecución tiene su forma de proceder con respecto al art. 89 del CP. Desglosando este porcentaje, es decir, el 7,1%, el 5,3% corresponde al juzgado de lo penal nº 21. Las demás solicitudes se reparten entre los tres juzgados restantes, exactamente el 1,8%.

-¿Usted lo ha tramitado alguna vez? Sí, lo estoy tramitando actualmente.

-¿Se lo han denegado? No, sigue en trámite. *(El 14 de febrero de 2012 la UCRIF informa al Juzgado que esta persona no tiene permiso de residencia y que tampoco lo está tramitando).*

-¿Ha sido detenido alguna vez por la policía por su condición de indocumentado? Una vez me llevaron a la comisaría pero me soltaron el mismo día. *(Le consta un decreto gubernativo de expulsión ordenado por la Subdelegación de Gobierno de Barcelona en fecha 11 de marzo de 2009).*

-¿Entonces no llegó a estar en el CIE? No.

-¿Tiene hijos? Sí, un niño de 2 años. No tiene mis apellidos pero vamos a iniciar el trámite.

El día 5 de junio de 2012 se acuerda sustituir la pena de prisión de 2 años por la expulsión del territorio (art. 89.1 del CP) con una prohibición de regreso de 5 años y su ingreso en el CIE por un periodo máximo de 60 días porque según justifica el Juez cambia constantemente de domicilio, no tiene trabajo, se ha separado de la mujer y no ha acreditado que el hijo que tiene es suyo.

d.3 Solicitud del Juez y aportación de documentación.

Al igual que en la variable anteriormente analizada, los jueces pueden solicitar información al extranjero y a su defensa para acreditar lo que estime oportuno en relación al procedimiento de expulsión del territorio, de la misma forma que el extranjero puede aportar la documentación que considere adecuada ejercitando el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE.

En este sentido, de la totalidad de los casos en los que el juzgado ha reclamado al extranjero documentación acreditativa de sus circunstancias socio-económicas, ha sido presentado por parte del extranjero y su defensa dicha documentación en el 6,4% de los casos.

Con respecto a la aportación de documentación por parte del extranjero y su defensa se ha entendido para el objeto de esta investigación que el extranjero y su defensa hacían uso de su derecho cuando presentaran:

‘toda aquella documentación, ya sea sobre el arraigo social del extranjero como la presentación de recursos donde se solicitaba la revocación de la expulsión penal, que se ha aportado en la fase de ejecución’.

Ha sido necesario realizar esta puntualización porque en el 17% de los casos de extranjeros y sus defensas que han aportado documentación al juzgado esta no ha sido en su totalidad justificativa del arraigo en nuestro país.

Ha habido un conjunto de casos en los que se han presentado recursos solicitando en esta fase del procedimiento la suspensión condicional de la condena. Este hecho es llamativo, ya que la pena originaria había sido sustituida por la expulsión en sentencia, por lo que no se puede solicitar la suspensión de la pena originaria en la fase posterior, por estar en ese momento condenado con la expulsión sustitutiva. Circunstancia diferente sería si la expulsión no se hubiera podido materializar, en cuyo caso se retornaría a la pena originaria que sería privativa de libertad y en base al art. 89.6 del CP se podría plantear la suspensión y resolver sobre ella.

En segundo lugar, en los casos en que se ha aportado documentación, esta ha tenido un efecto positivo dando como resultado la revocación de la expulsión en el 20,8% de los casos. Finalmente, en el 22,2% se ha aportado documentación por parte de la defensa y el extranjero habiéndose conformado con la expulsión del art. 89 del CP en la fase del juicio oral. Esta circunstancia, junto con las anteriormente expuestas denota una falta de conocimiento por parte de los letrados sobre el procedimiento seguido.

b.4 Valoración y resultado del arraigo.

En esta fase del procedimiento se ha realizado una valoración del arraigo del extranjero en el 9,6% de los casos analizados. De los casos en que se ha realizado la valoración ésta ha tenido un resultado positivo en el 33,3% de los supuestos analizados.

En la fase del juicio oral la valoración del arraigo se realizó en el 35,8% de los casos, un porcentaje más elevado que en esta fase del proceso y el resultado fue positivo en el 0,4%, dato muy inferior al recabado en esta fase del proceso.

Una posible explicación a los datos obtenidos es que puede haber una cierta relajación en la fase del juicio oral al ofrecer el art. 89 del CP la posibilidad de decidir sobre la aplicación de la expulsión en la fase de ejecución.

Finalmente en el 5% de los casos analizados se realizó la valoración del arraigo en ambas fases del proceso -en la fase del juicio oral y en la fase de ejecución-.

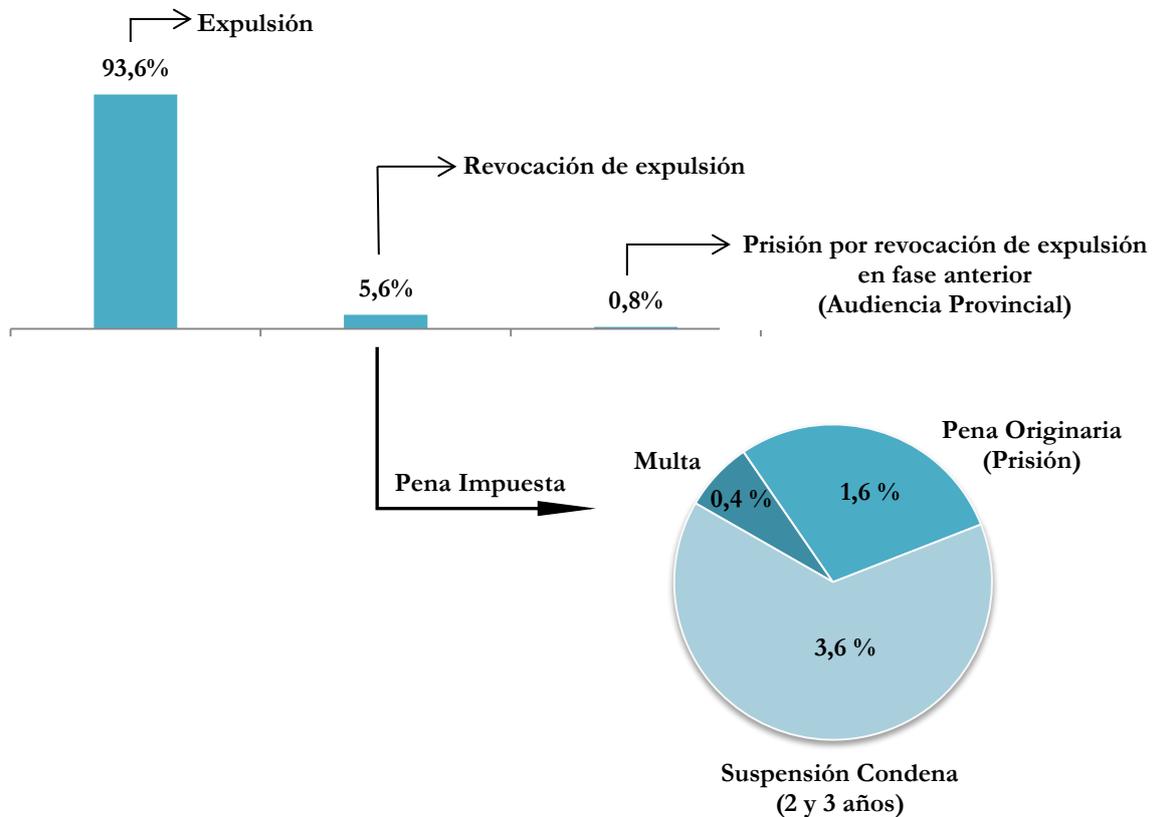
b.5 Resolución del auto.

Los resultados de la investigación muestran que en el 93,6% de los casos la resolución del auto ha sido expulsión. En el 5,3% se ha revocado la medida sustitutiva. El 0,8% corresponde a los casos en que fue revocada la expulsión retornando a la pena originaria en la fase posterior –Audiencia provincial-, manteniéndose en esta fase del procedimiento.

A modo de recordatorio, en la fase de juicio oral se produjo la sustitución de la pena privativa de libertad por la medida sustitutiva en el 96,8% de los casos. En el 3,2% restante no se produjo la sustitución en la fase de juicio oral, habiéndose acordado las sustituciones en las dos fases posteriores del procedimiento.

Retomando los datos relativos a la resolución del auto y que se muestran en el siguiente gráfico:

Gráfico VII. Resolución del auto



(*Fuente: Elaboración propia.

Como se observa en el gráfico, y siguiendo la misma tendencia mostrada en la fase de juicio oral, la expulsión sustitutiva es la consecuencia jurídica mayoritaria. Respecto al 5,6% de los casos que se ha producido la revocación de la medida del art. 89 del CP, la pena impuesta mayoritaria ha sido la suspensión de la condena con una duración de 2 años en el 3,2% de los casos y 3 años en el 0,4% restante. La segunda pena impuesta ha sido la pena privativa de libertad originariamente impuesta y finalmente en un porcentaje mínimo se ha optado por la multa.

b.6 Solicitud y días de ingreso en Centro de Internamiento de extranjeros (CIE).

El art. 89.6 del CP establece con la finalidad de poder materializar la expulsión del territorio:

‘... el Juez o Tribunal podrá acordar el ingreso del penado en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites previstos en la Ley para la expulsión gubernativa’.

El art. 62.2 LOEx, por su parte, recoge

‘El internamiento se mantendrá por el tiempo máximo 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’

Los datos de la investigación muestran, en primer lugar, que los jueces de ejecución han solicitado el internamiento en CIE en el 46,6% de los casos, con una duración de estancia para proceder a materializar la expulsión de 30 días en el 28% de los casos y de 60 días en el 72% restante.

La situación procesal penal que tenían los extranjeros cuando se solicita el ingreso en CIE era la siguiente: el 92,3% se encontraba en libertad, el 4,6% estaba preso por esta causa en un centro penitenciario y el 3,1% estaba en libertad por esta causa pero preso por otras causas.

Como establece el art. 89.6 del CP, la finalidad del ingreso en CIE es la de asegurar la expulsión, y como muestran los datos la gran mayoría de los extranjeros sobre los que se les solicitó el ingreso en CIE se encontraban en libertad.

En segundo lugar, se establece en la LOEx un máximo de 60 días de internamiento en CIE para proceder a materializar la expulsión. Este periodo implica que si en ese tiempo no se ha podido hacer efectiva la expulsión, el extranjero debe ser puesto en libertad o trasladado a un centro penitenciario para el cumplimiento de la pena originaria. En estos casos, el Juez deberá decidir si ha de cumplir la pena originaria o se

procede a imponer la suspensión de la condena -art. 80 del CP- o su sustitución por otra pena según se establece en el art. 88 de CP.

En tercer lugar, la media de internamiento en CIE registrada en esta investigación ha sido 27,92 días. Por otra parte, los datos han mostrado que en 72% de los casos se opta por solicitar el máximo de estancia, es decir, 60 días.

Poniendo estos dos datos en relación sería más lógico, tal y como planteaba el juez del juzgado de lo penal nº 21, solicitar en principio un internamiento de 30 días, y en los supuestos que no se hubiera podido materializar la expulsión, ampliarlo 30 días más. De esta forma se consigue que se agilicen los trámites para proceder a la expulsión, y que los extranjeros estén el menor tiempo posible en este centro.

b.7 Solicitud y días de internamiento en centro penitenciario.

La Circular 5/2011 de la FGE establece en relación con el párrafo 6º del art. 89 del CP:

‘el ingreso en CIE debería quedar limitado a los extranjeros que hubieren sido condenados a penas privativas de libertad, de localización permanente, responsabilidad subsidiaria por impago de multa o penas de prisión inferiores a 3 meses pues ninguna de ellas exige el ingreso en centro penitenciario’ (2011: 104-105).

En los demás casos, establece la circular, será de aplicación lo establecido en la DA 17ª LO 19/2003²⁷¹ procediendo al ingreso en centro penitenciario. Por tanto, la interpretación de la norma por parte de la FGE amplía los casos en los que un extranjero puede entrar en un centro penitenciario a la espera de la expulsión judicial. Ya no serían sólo en los supuestos anteriormente mencionados sino también cuando el extranjero estuviera en libertad por esa causa y hubiera sido condenado a una pena de prisión superior a 3 meses.

²⁷¹ La DA 17ª LO 19/2003 recoge en su párrafo 2: ‘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’.

Los datos de la investigación muestran que se ha solicitado el ingreso en centro penitenciario en el 39,9% de los casos con una duración de estancia de 30 días en el 57,5% de los supuestos, de 60 días en el 32,7% existiendo algunos casos en que la duración inicial, de 30 o de 60 se ha ido prorrogando.

En el 4,4% de los casos se solicitó inicialmente una duración de 30 días y posteriormente se prorrogó 30 días más. En el 0,9% de los supuestos analizados se solicitó una estancia de 60 días y posteriormente se prorrogó 15 días más. En el 2,7% se solicitó inicialmente 30 días, y esta duración se fue ampliando 30 días, y posteriormente 30 días más. Finalmente en el 1,8% restante se solicitó inicialmente una duración para proceder a materializar la sustitución por la expulsión de 90 días. La media de días reales que los extranjeros estuvieron en prisión a la espera de la ejecución de la medida de expulsión fue de 53,07 días.

Es preciso puntualizar una serie de aspectos en torno a estos datos y también en relación a los datos del CIE analizados en el apartado anterior. En primer lugar, como se ha expuesto anteriormente, la Circular 5/2011 de la FGE marcaba como criterio para solicitar el ingreso en centro penitenciario o en CIE el tiempo de duración y el tipo de pena privativa de libertad susceptible de sustitución. En este sentido, como se ha visto con respecto al ingreso en CIE, casi en la totalidad de las solicitudes la situación procesal de los extranjeros era de libertad (92,3%).

La situación procesal con respecto al ingreso en centro penitenciario era: el 33,6% se encontraba en libertad, el 42,7% se encontraba preso por esta causa, el 2,7% se encontraba preso por esta y por otras causas y finalmente el 20,9% se encontraba en libertad por esta pero preso por otras causas. En definitiva el 66,3% se encontraba preso en un centro penitenciario ya sea por la causa objeto de expulsión o por otras causas.

En segundo lugar, con respecto a los días solicitados de ingreso en prisión, como se observa por los datos, hay 42,5% de los casos en que se ha ampliado o se ha solicitado un plazo superior al establecido en la DA 17ª LO 19/2003, es decir, un plazo superior a

30 días, ya que a diferencia de la regulación del tiempo máximo de estancia en CIE -60 días- la DA 17ª LO 19/2003 establece en su párrafo segundo:

[...] 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’.

En los supuestos en que el Juez decreta el ingreso en un centro penitenciario para proceder a la expulsión, el plazo máximo que tendría que haber establecido era el de 30 días y no otros plazos superiores como ha ocurrido en casi la mitad de los casos recopilados.

Finalmente, la media de días reales de ingreso en centro penitenciario es de 53,07 días, lo que implica que se ha sobrepasado el límite máximo establecido por la DA 17ª LO 19/2003.

Una posible explicación sobre la duración excesiva de internamiento en centro penitenciario se podría explicar atendiendo a una interpretación incorrecta por parte de los órganos judiciales sobre el contenido de la DA 17ª LO 19/2003. En este sentido, se establece en dicha disposición que se inicie el cumplimiento de la pena originaria, es decir, de la pena privativa de libertad en la línea de justificar los casos de extranjeros que estuvieran en prisión preventiva.

b.8 Lugar de ingreso.

No todos los extranjeros a los que se les ha solicitado el internamiento en CIE o en centro penitenciario finalmente ingresan. Los datos de la investigación muestran que de todas las solicitudes de internamiento en CIE ha ingresado el 87,8% de los extranjeros. En el caso de ingreso en el centro penitenciario el porcentaje de extranjeros es del 95,5%.

Como ya se ha hecho alusión anteriormente, estos porcentajes tienen una lógica si atendemos a la situación procesal de los extranjeros, mientras que en el ingreso en CIE un porcentaje alto de extranjeros se encontraba en libertad, en el caso del ingreso en

centro penitenciario los extranjeros ya se encontraban internos en prisión por la causa objeto de la expulsión o por otras causas.

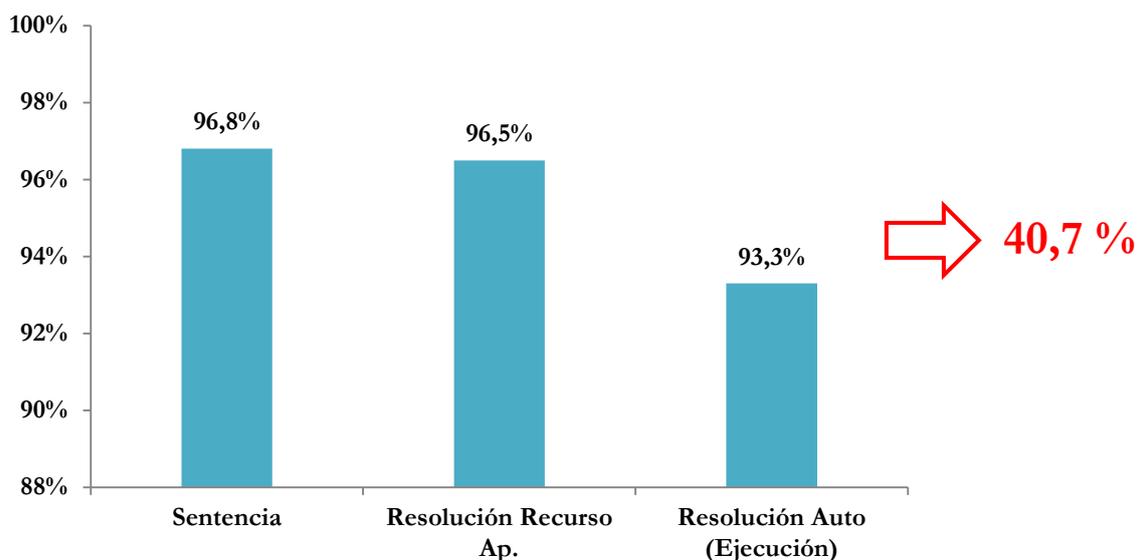
e) **Proceso de materialización de la expulsión penal.**

Para finalizar con los resultados se analizaran las variables la materialización de la expulsión del art. 89 del CP. El organismo encargado de llevar a cabo la materialización de la medida es la autoridad gubernativa, es decir, la UCRIF pero siempre bajo la supervisión del órgano judicial competente. Para ello se van a analizar un total de 6 variables: materialización de la expulsión, inexpulsabilidad del art. 89 del CP, causas de inexpulsabilidad, suspensión de la pena originaria, sustitución de la condena, cumplimiento final.

e.1 **Materialización e inexpulsabilidad de la expulsión penal.**

Del total de casos analizados que contenían un procedimiento de expulsión del art. 89 del CP se ha materializado la expulsión en el 38,2%. A modo de recordatorio, las resoluciones sobre la imposición de la expulsión sustitutiva en las diferentes fases del proceso penal fueron:

Gráfico VIII. Acuerdo de la expulsión sustitutiva



(*) Fuente: Elaboración propia.

Las expulsiones efectivamente materializadas respecto del total de acuerdos en las diferentes fases del procedimiento suponen el 40,7%.

Se expusieron en las entrevistas realizadas a los diferentes agentes del sistema los datos recopilados sobre las materializaciones finalmente ejecutadas. La valoración respecto del porcentaje de expulsiones que se materializaron -40,7%- les pareció positiva²⁷², al ser conscientes de la existencia una serie de causas que no dependen directamente de los órganos judiciales estatales y por tanto imposibles de controlar.

Por tanto, en el 59,3%²⁷³ de los casos en que se ha acordado la expulsión sustitutiva no se ha podido materializar la expulsión. Este hecho supone que los órganos judiciales han tenido que acordar la revocación del art. 89 del CP y retornar a la pena originaria o en los casos en que se cumplían los presupuestos, plantearse la posibilidad de la suspensión condicional de la pena privativa de libertad (art. 80 del CP) o la sustitución en los términos del art. 88 del CP.

Los puestos fronterizos por donde se han llevado a cabo las materializaciones han sido en un 34,9% Madrid y Ceuta respectivamente, en segundo lugar Barcelona (Aeropuerto del Prat) en un 23,6%, en tercer lugar Almería con un 5,7% y finalmente Valencia con un 0,9%.

e.2 Causas de inexpulsabilidad

Algunos autores y agentes del sistema judicial²⁷⁴ han puesto de manifiesto que existen una serie de causas que impiden la materialización efectiva del total de casos en que es acordada la expulsión del art. 89 del CP.

Algunas de las causas, como se puso de manifiesto en el capítulo anterior del presente trabajo²⁷⁵, se deben a limitaciones del propio precepto, y en otros casos a criterios

²⁷² La valoración positiva fue puesta de manifiesto por el juez del juzgado de lo penal nº 20 (el día 14 de febrero de 2014) y por el Fiscal de la Audiencia provincial de Barcelona (el día 15 de mayo de 2015).

²⁷³ Dato respecto al total de acuerdos de la expulsión sustitutiva, no del total de la muestra analizada. En este último caso, el porcentaje sería del 61,8%.

²⁷⁴ En este sentido véase GIMÉNEZ GARCÍA (2005: 221); CANCIO MELIÁ Y MARAVER GÓMEZ (2006: 98-99); ARRESE IRIONDO (2010: 95); GARCÍA ESPAÑA Y DÍEZ RIPOLLÉS (2012: 205-206). También *vid.* el juez del Juzgado de lo penal nº 20 (14 de febrero de 2014), juez del juzgado de lo penal nº 21 (24 de enero de 2014), Fiscal de la Audiencia provincial del Barcelona (15 de mayo de 2014).

jurisprudenciales. Pero también hay circunstancias que no dependen de criterios internos del estado que expulsa sino de las condiciones del propio extranjero o de situaciones con los países receptores.

En la investigación realizada, la causa de inexpulsabilidad mayoritaria, con un 71,8%, ha sido la negativa del consulado del país receptor a documentar al extranjero para poder materializar la expulsión sustitutiva.

Respecto al estado de la documentación del país de origen del extranjero existen varias situaciones y, en función de estas circunstancias los terceros países deciden si es viable proceder a materializar la expulsión o no.

En primer lugar, los extranjeros pueden disponer de la documentación original. En estos casos los terceros países en principio tienen la obligación de aceptarlos. En segundo lugar, que los extranjeros no tengan los documentos originales sino una fotocopia de los mismos. En tal caso depende del tercer país aceptarlo o no. En tercer lugar, que no tengan documentación ni original ni en fotocopia de la documentación acreditativa. En esta situación, al igual que en el caso anterior depende del país receptor.

Finalmente, puede existir otra situación, que es que los extranjeros no tengan documentación de su país de origen pero que sí esté contenida en el Registro Central de Extranjeros²⁷⁶ por haber solicitado éste una autorización de residencia en que se exige la presentación de la documentación acreditativa de su nacionalidad. En estos supuestos, la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil no dispone de los originales sino de una fotocopia por lo que al igual que en los casos anteriores dependería nuevamente del país receptor aceptarlo o no.

Durante la realización del trabajo de campo, comentaron algunos tramitadores que las políticas de los países receptores respecto de la expulsión sustitutiva son conocidas por

²⁷⁵ Para un análisis más exhaustivo véase 3.6) Supuestos en que no se procede a la sustitución por la expulsión Págs.59 ss.

²⁷⁶ El Registro Central de Extranjeros regulado en el art. 213 del REx es dependiente de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil. En este registro constan inscritas todas las autorizaciones de residencia concedidas (apartado g) del art. 213 REx).

los extranjeros, quienes en muchos casos rompen la documentación o la ocultan, con la finalidad de aumentar las probabilidades de no ser expulsados.

A lo largo de la investigación se ha intentado averiguar si se conocen los criterios de cada país para aceptar o no a sus nacionales²⁷⁷. Esta cuestión fue planteada a los jueces de los diferentes juzgados durante la realización del trabajo de campo. Las respuestas dadas al respecto fueron que no tenían listados o directrices sobre las condiciones para que los países receptores aceptaran o no a sus nacionales, pero en algunos sí sabían que podía haber más dificultades que en otros.

Me remitieron a plantear esta cuestión al Cuerpo Nacional de Policía por ser el organismo encargado de realizar estas gestiones. La respuesta vino a través de la Jefatura Superior de Policía que específicamente comunicó:

‘La J.S.P. no dispone de una lista, como tal, de los convenios interesados. Cada caso de expulsión tiene sus propias características, por lo que cada país reconoce o no como ciudadano suyo a cada persona susceptible de expulsión dependiendo de las circunstancias o intereses políticos’²⁷⁸.

La duda en torno a si existían convenios con los terceros países surgió porque a lo largo de la investigación se observaba que en circunstancias similares de nacionales de un mismo país las respuestas de los consulados eran las mismas, y el procedimiento que se llevaba a cabo era en muchos casos internar a los extranjeros en el CIE y posteriormente ponerles nuevamente a disposición judicial porque eran inexpulsables, por lo que me planteé y trasmití a los jueces que si se podía saber que un país en una situación determinada no aceptaba a sus nacionales, se podría evitar sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio y además evitar el internamiento tanto en el CIE como en prisión para comprobar esta circunstancia porque ya se sabía de antemano que esta persona sería inexpulsable.

²⁷⁷ Respecto de los nacionales marroquí existe el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, hecho en Madrid el 13 de febrero de 1992 (Publicado en: «BOE» núm. 100, de 25 de abril de 1992, páginas 13969 a 13970 (2 págs.))- y con entrada en vigor el 21 de octubre de 2012 por Resolución de 10 de diciembre de 2012 (Publicado en: «BOE» núm. 299, de 13 de diciembre de 2012, páginas 85068 a 85068 (1 pág.)).

²⁷⁸ La consulta se realizó el 22 de julio de 2014 y la respuesta fue dada a través del Gabinete de Prensa y Protocolo de la Jefatura Superior de Policía de Cataluña el 24 de julio de 2014.

Esta cuestión fue planteada en todas las entrevistas que se llevaron a cabo y la respuesta fue similar en todos los casos, argumentando los profesionales que no era viable no acordar la sustitución del art. 89 del CP porque no se tenía la certeza de que los consulados no fueran a documentarlos ya que las decisiones sobre esta cuestión se basan en políticas de inmigración.

Aunque todos estaban de acuerdo, uno de los jueces entrevistados profundizaba en la cuestión afirmando que en su caso él actuaba con más cautela con determinados países porque ni siquiera con documentación aceptan a sus nacionales, y ya no sólo hay que valorar la cuestión desde una perspectiva económica sino también desde la de los derechos fundamentales, ya que ha habido casos de extranjeros que desde Barcelona han sido trasladados a Algeciras para proceder a la expulsión, el país de origen no lo ha aceptado y han quedado allí sin ser nuevamente trasladados.

Otra causa que ha impedido la materialización de la expulsión del art. 89 del CP ha sido que el extranjero tiene causas pendientes. Esta circunstancia ha sido la segunda más registrada con un 10,9% pero con un porcentaje muy inferior con respecto a la negación del consulado. Si el extranjero tiene causas pendientes por otro tipo de hechos delictivos, el juzgado encargado de ejecutar la expulsión del territorio ha de preguntar a los juzgados encargados de las otras causas si se puede proceder a la expulsión o por el contrario retornar a la pena originaria o a los mecanismos de suspensión o sustitución.

Durante el trabajo de campo, se registraron dos casos en que el juzgado ejecutó la expulsión sustitutiva teniendo el extranjero causas pendientes en otros juzgados. Esta circunstancia se produjo por una mala comunicación entre el juzgado que ejecutaba la medida y el juzgado donde el extranjero tenía otras causas penales. Planteada esta cuestión, explicó el Juez que el sistema de reparto de ejecutorias por juzgados se realiza en la actualidad por criterios aleatorios. Anteriormente, los expedientes se repartían por penado, es decir, un mismo juzgado de ejecución llevaba todas las causas de la persona condenada, de esta manera el juzgado tenía los expedientes de una misma persona. En mi opinión, el anterior sistema sería más adecuado para evitar por ejemplo ejecutar una expulsión teniendo el extranjero causas pendientes en otros juzgados.

La tercera causa de inexpulsabilidad registrada para no materializar la expulsión ha sido que el extranjero disponía de permiso de residencia en vigor en nuestro país. Esto ha sucedido en el 7,7% (12 casos). Si bien esta circunstancia ya se ha comentado anteriormente en otros apartados, no deja de llamar la atención -ya que eran residentes regulares desde el principio del proceso (fase de instrucción)- que dicha circunstancia no se haya comprobado hasta el final del procedimiento.

En uno de los casos se comprobó esta circunstancia cuando la persona estaba internada en el CIE y en otros tres casos se solicitó el ingreso en CIE para proceder a la expulsión, aunque finalmente no ingresaron.

En cuarto lugar, ha habido un 3,8% de los casos en que los extranjeros han provocado problemas (ponerse violentos) en el avión, lo que ha impedido la materialización de la expulsión. Sobre esta circunstancia, comentaban los jueces que cada vez aparecen más casos y que si bien en principio no impide una expulsión posterior, se opta por considerarles inexpulsables para evitar que vuelvan a realizar los mismos hechos de nuevo.

Sobre esta circunstancia se preguntó a la Subinspectora de la UCRIF²⁷⁹ si esto ocurría con mucha frecuencia, y si sólo se producía en vuelos comerciales o también en vuelos que solamente llevan extranjeros para materializar la expulsión. La respuesta fue que ella no tenía constancia de que esto hubiera ocurrido en vuelos en los que la totalidad de pasajeros eran extranjeros con una medida de expulsión. Por el contrario, sí había tenido constancia en vuelos comerciales en los que, además de extranjeros con una medida de expulsión, viajan otras personas.

La quinta causa recopilada ha sido -con un 2,6%- que en el plazo para materializar la expulsión no ha habido vuelos para poder trasladar a los extranjeros. Esto ha ocurrido con Bosnia-Herzegovina, Gambia y Macedonia. Sobre ello, comentaba uno de los jueces entrevistados que hay casos en que no hay vuelos directos para realizar los traslados a los países de origen, por lo que se necesita en algunos casos hacer transbordos en otros países, teniendo a veces que solicitar visados, superando todos

²⁷⁹ Entrevista realizada el día: 4 de febrero de 2014.

estos trámites en muchos casos el tiempo máximo de ejecución de la expulsión y que por tanto, en su caso, evitaba aplicarla.

Finalmente, ha habido otra serie de causas que han impedido materializar la expulsión del art. 89 del CP presentándose cada una de ellas en un solo caso (0,6%). Estas causas han sido por causas personales de los extranjeros, ya que no se ha podido materializar la expulsión por fallecimiento, por causas médicas, por el art. 57.6 de la LOEx (la mujer estaba embarazada) porque la persona ya había sido expulsada y finalmente porque se había superado el tiempo máximo en el CIE.

Del total de causas de inexpulsabilidad registradas en esta investigación, en el 98,2% de los casos han generado la revocación de la expulsión. Solamente en el 1,8% de los casos, los jueces han optado por mantener la expulsión sustitutiva. Este último porcentaje hace referencia a los casos de extranjeros que tenían causas pendientes.

e.3 Suspensión y sustitución de la condena.

En los casos en que no se ha podido materializar la expulsión del territorio el art. 89.6 del CP establece que se ejecutará la pena originariamente impuesta o el periodo de condena pendiente, con la posibilidad de poder aplicar la suspensión de la misma. Esta pena viene contemplada en el art. 80 del CP estableciendo el art. 81 del CP los requisitos para poder aplicarla: (i) que el condenado haya delinquirido por primera vez sin que se tengan en cuenta los delitos imprudentes o los antecedentes penales cancelados o que debieran estarlo, (ii) que la pena o penas impuestas, o la suma de ellas sea inferior o igual a 2 años de privación de libertad y (iii) que se haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito o delitos cometidos. Por tanto, solamente en los casos que cumplan estos tres requisitos y no se haya podido materializar la expulsión el Juez podrá plantearse la suspensión de la pena privativa de libertad originariamente impuesta.

Los extranjeros que no tienen antecedentes penales, o que si bien tuvieron en el momento de acordar la suspensión ya no eran computables, son el 69% del total de los casos analizados (59,5% no tenían antecedentes penales y el 9,5% tenían pero estaban cancelados), pero en algunos de estos supuestos se ha materializado la expulsión. Por

tanto, los extranjeros que no tienen antecedentes penales y respecto de los que no se ha podido materializar la expulsión son el 42%.

En segundo lugar, las condenas que son inferiores o iguales a 2 años de privación de libertad supone el 88,7% del total, pero al igual que en el caso de los antecedentes penales, que además no se haya materializado la expulsión son el 57,9%. Finalmente los casos que cumplen las dos condiciones, es decir, que no tengan antecedentes penales y tengan condenas iguales o inferiores a 2 años de privación de libertad y además no se les haya podido materializar la expulsión suponen el 34%

Del 34% de casos, los Jueces han acordado la suspensión ordinaria de la pena privativa de libertad en el 75,3%, acordando la suspensión durante un periodo de dos años en el 94,5% de los casos y durante un periodo de 3 años en el 5,5%.

Sobre estos datos considero necesarias una serie de puntualizaciones. En primer lugar, tras analizar los datos sobre la suspensión de la condena y observar un alto porcentaje en su aplicación, se planteó en las entrevistas a los diferentes profesionales si consideraban incongruente aplicar la suspensión a una persona a la que anteriormente se le había condenado a una expulsión del territorio, es decir, si ambas penas tal y como están definidas en el art. 89 del CP no eran contrapuestas o cumplían diferentes finalidades, y por tanto cómo podían justificar o acordar ambas aplicaciones para un mismo supuesto. Las respuestas fueron que se está mezclando la óptica administrativa con la óptica penal, y que el hecho de que el ordenamiento jurídico sancionador administrativo se inmiscuya en el ordenamiento penal genera un conflicto. El Juez de ejecución va más allá diciendo que se está actuando con desprecio a la Ley y al extranjero porque lo importante no es el resultado o como se esté actuando con la persona, sino el mensaje de dureza contra la inmigración irregular. Finalmente el Juez de lo penal no se plantea si estas dos medidas pueden generar un conflicto, en su caso aplica lo que establece el art. 89 del CP al caso concreto.

En segundo lugar, todas las suspensiones que se acordaron fueron ordinarias, es decir, sin aplicar ningún tipo de reglas de conducta -art. 83 del CP- y por tanto consistieron en una respuesta sin contenido rehabilitador.

Sobre esta cuestión, y basándome en las entrevistas realizadas, considero que la aplicación de la suspensión en el caso de extranjeros que no se les puede ejecutar la expulsión se debe a dos motivos: en primer lugar, a la aplicación automática de la Ley; y en segundo lugar, al hecho de que anteriormente a la reforma de la LO 5/2010 no era posible aplicar el art. 80 del CP, lo que generó muchas críticas.

El art. 89.6 del CP ofrece la posibilidad de sustituir en los supuestos que no pueda materializarse la expulsión en los términos que establece el art. 88 del CP²⁸⁰, es decir, las penas de prisión que no excedan de 1 año por multa o trabajos en beneficio de la comunidad y las penas que no exceden de 6 meses por localización permanente. Entre los casos analizados ha habido dos sustituciones por pena de multa. En ambos casos el delito cometido era hurto en grado de tentativa y la condena impuesta fue en uno de los casos de 3 meses y en el otro de 5 meses.

Establece el art. 88.1 del CP que los jueces podrán sustituir la pena privativa de libertad antes de iniciar su ejecución tanto en sentencia como en auto posterior. Las dos sustituciones se produjeron en auto. En uno de los casos se valoró positivamente el arraigo en nuestro país y en el segundo el consulado se negó a documentarle por lo que no se pudo materializar la expulsión.

Una puntualización con respecto a uno de los supuestos, y es que estuvo ingresado en el centro penitenciario 49 días hasta que se acordó la sustitución por multa. Según se establece en el art. 88.1 del CP la sustitución se tiene que producir antes de que se inicie la ejecución de la pena privativa, si bien el ingreso en prisión fue para materializar la expulsión, supera el máximo de 30 días que establece la DA 17ª LO 19/2003, lo que

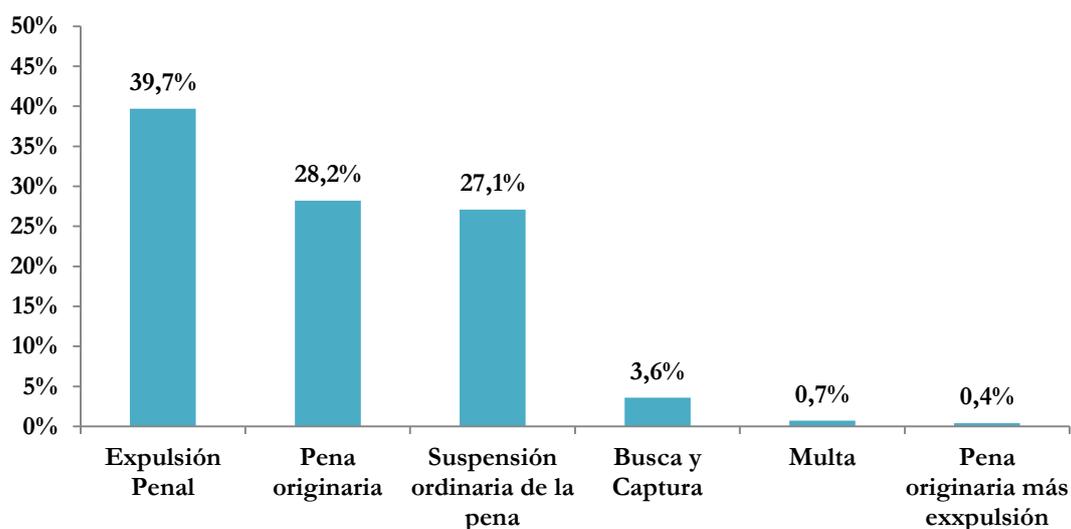
²⁸⁰ Art. 88.1 del CP: 'Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, 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, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida'.

implica, desde mi punto de vista, la ejecución de la pena privativa de libertad de 3 meses y en base al enunciado del art. 88 del CP la imposibilidad de la sustitución.

e.4 Cumplimiento final.

De los 285 expedientes analizados que contenían un procedimiento de expulsión del art. 89 del CP, las condenas que finalmente se han ejecutado han sido: en el 39,7% se ha materializado la expulsión del territorio, en el 28,2% se ha retornado a la pena originaria, en el 27,1% se ha acordado la suspensión ordinaria de la pena privativa de libertad, en el 3,6% las personas se encontraban en busca y captura, en el 0,7% se ha sustituido la pena originaria por multa, en el 0,4% la persona falleció durante el proceso, y en el 0,4% el extranjero cumplió la pena privativa de libertad en su totalidad y posteriormente fue expulsado en sustitución de la pena de prisión ya cumplida.

Gráfico IX. Cumplimiento final.



(*) Fuente: Elaboración propia.

5. Perfil de la extranjera y del extranjero.

Expuestos los resultados de la investigación en el epígrafe anterior, en el presente apartado se pretende establecer el perfil de los extranjeros que han sido objeto de esta investigación. Del total de individuos que han formado parte del estudio, el 2,1% han sido mujeres frente al 97,9% restante, que han sido hombres.

El colectivo de mujeres de este estudio no es representativo del total de la muestra disponible. Por ello, se va a realizar un perfil independiente, analizando los casos concretos de este colectivo. En segundo lugar, y pudiendo afirmar que se produce una escasa aplicación de la expulsión sustitutiva en las mujeres de este estudio, se van a exponer posibles explicaciones al respecto.

Sobre el colectivo de extranjeros se ofrecen tres tipos de perfil diferentes, determinados por la pena que finalmente se les ejecutó. De esta manera, el primer perfil se realizará sobre los extranjeros a los que se les ha ejecutado la expulsión. El segundo perfil se centrará en analizar al colectivo cumpliendo la pena de prisión y, en tercer lugar, a los extranjeros a los que se les ha suspendido la pena de prisión por imposibilidad de aplicación del art. 89 del CP.

5.1 Perfil de la mujer extranjera condenada al art. 89 del CP.

El 2,1% del total de casos analizados corresponde a un total de 6 mujeres. Como este colectivo lo permite, en el siguiente cuadro se muestran algunas de las variables recopiladas que pueden ayudar a visualizar las características de cada caso:

Tabla VI. Perfil de la mujer condenada al art. 89 del CP

Nacionalidad	Anteced. Penales	Delito Cometido	Duración de la condena (ppl)	Exp. Sustitu. / Años de no regreso	Materialización de la expulsión	Causa de inexpulsabilidad	Cumplimiento final
Brasil	No	Falsedad documental	6 meses	Sí, 10 años	Sí	-	-
Bosnia Herzegovina	Sí, vivos	Hurto en grado de tentativa	4 meses	Sí, 5 años	No	Negociación del consulado	Prisión
Bosnia Herzegovina	No	Hurto en grado de tentativa	5 meses	Sí, 10 años	No	Negociación del consulado	Susp. 2 años
Colombia	No	Receptación	24 meses	Sí, 6 años	Sí	-	-
Rusia	No	Atentado a la autoridad	9 meses	Sí, 5 años	No	Residente regular	Susp. 2 años
Ghana	No	Robo en grado de tentativa	18 meses	Sí, 5 años	No	Art. 57.6 LOEx	Susp. 2 años

(*)Fuente: Elaboración propia.

Son precisas una serie de observaciones, a la luz de los datos expuestos: primero, solamente una extranjera disponía de antecedentes penales. En los demás casos, las mujeres eran delincuentes primarias. Segundo, los años de no regreso respecto de la duración de las condenas no sigue –como ya se puso de manifiesto- una lógica de proporcionalidad. Tercero, los delitos por los que fueron condenadas a la expulsión sustitutiva no pertenecen al conjunto de delitos contra la salud pública. Cuarto, de la totalidad de los supuestos que no se ha podido materializar la expulsión, a las mujeres que cumplían los requisitos se les ha sustituido la pena originaria de prisión por la suspensión por un periodo de 2 años.

-Posibles explicaciones a la escasa aplicación de la expulsión penal al colectivo de mujeres:

Entre las causas que pueden justificar la escasa aplicación del art. 89 del CP en el colectivo de mujeres, según la investigación realizada, se pueden argumentar las siguientes: en primer lugar, que el colectivo femenino comete menos delitos que el colectivo masculino.

Si atendemos a los datos del INE²⁸¹ en el año 2010 las mujeres condenadas en Cataluña fueron 3.712, lo que supone el 9,02% del total de condenados registrados, y en el año 2011 el dato de mujeres condenadas se sitúa en 3.890, es decir, el 9,26% con respecto al total²⁸².

Pero si del colectivo de mujeres excluimos a aquellas que son autóctonas y nacionales de la UE por tratarse de personas a las que no se puede aplicar el art. 89 del CP, las mujeres restantes suponen el 2,9% (1.197 mujeres) en el año 2010 y 2,99% (1.257 mujeres) en el año 2011.

En segundo lugar, si atendemos al tipo de delito cometido, los datos del INE nos muestran que en el año 2010 las mujeres extranjeras (excluyendo a las nacionales de la UE) que cometieron delitos contra la salud pública fueron de 77,44% y en el año 2011 del 97,21%.

En este tipo de delito como ya han puesto de manifiesto tanto la jurisprudencia como algunos autores²⁸³ no se ha de aplicar la expulsión íntegra (art. 89.1 del CP) considerando que la imposición de la medida podría constituir más un premio que un castigo para el condenado. Por tanto, analizando el alto porcentaje de mujeres que son condenadas por la comisión de este tipo delictivo, tiene sentido que se aplique en pocos casos la modalidad de expulsión íntegra decantándose el sistema judicial por la aplicación de la modalidad parcial prevista en el art. 89.5 del CP.

Finalmente, y por tratarse de una breve aproximación al entender que la escasa aplicación de la expulsión en mujeres no es objeto de este trabajo, el art. 57.6²⁸⁴ de la LOEx contempla circunstancias que afectan únicamente al colectivo femenino en cuanto a la aplicación de la expulsión.

²⁸¹ Consultado el 21 de julio de 2014: www.ine.es

²⁸² Un análisis más exhaustivo sobre el colectivo de mujeres presas en GARCÍA ESPAÑA, 2012.

²⁸³ En este sentido *vid.* SSTS 172/2006, de 17 de febrero; 366/2006 de 30 de marzo; 1216/2009, de 3 de diciembre; 842/2010, de 30 de septiembre, entre otras.

²⁸⁴ Art. 57.6 de la LEx: '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'.

5.2. Perfil del extranjero expulsado por el art. 89 del CP.

La muestra de extranjeros varones supone el 97,9% del total. Para determinar el perfil del extranjero inmerso en un procedimiento del art. 89 del CP cuyo resultado ha sido la materialización de la medida, se ha seleccionado a los extranjeros a los que finalmente se les ha ejecutado la expulsión del art. 89 del CP. Los extranjeros que cumplen esta condición son el 38,70% del total del colectivo de hombres.

Los continentes donde ha habido más extranjeros expulsados han sido África (49,06%) y Centroamérica y América del Sur (31,13%). Asia y Europa han ofrecido el 19,81% restante. Por tanto, los colectivos de extranjeros con mayor índice de expulsión han sido africanos y latinoamericanos.

Centrando la atención en estos dos continentes, los países con más extranjeros expulsados han sido Marruecos (44,7%), en segundo lugar Argelia (9,4%) y en tercer lugar Chile (7,1%)²⁸⁵. Por tanto dentro del colectivo de hombres expulsados africanos y latinoamericanos, los extranjeros con mayor número de materializaciones de la expulsión sustitutiva son los marroquíes, los argelinos y los chilenos.

Una vez establecidas las nacionalidades de los extranjeros con mayor índice de expulsión por el art. 89 del CP en el marco de esta investigación, se va a realizar el análisis de un conjunto de variables recopiladas en la investigación, y que se han considerado relevantes dentro del proceso para que el extranjero condenado al art. 89 del CP vea efectivamente ejecutada la medida.

Las variables se analizarán en primer lugar, para el conjunto del colectivo expulsado, y en segundo lugar, se pondrán en relación con los tres países que más nacionales expulsados tienen. Las variables para determinar el perfil del extranjero han sido: los antecedentes penales, las sentencias en conformidad, la asistencia al juicio oral, la valoración y resultado del arraigo en sentencia, el delito cometido, la condena impuesta en meses, si se ha producido sustitución en sentencia, y los años de no regreso que se han acordado.

²⁸⁵ Los porcentajes que se muestran son sobre el total del colectivo expulsado. Si centramos la atención en los países africanos, los nacionales de Marruecos que han sido expulsados son el 73,1%; de Argelia son el 15,4% y Chile, respecto a los países de Centroamérica y América del Sur son el 18,2%.

1. Antecedentes penales: del colectivo de hombres extranjeros los datos al respecto muestran que: el 72,73%²⁸⁶ no tenía antecedentes penales, frente al 27,27%.

Si analizamos los antecedentes en función de los países con mayor índice de expulsión: los nacionales de Marruecos no tenían antecedentes en el 65,62% de los casos -y sí en el 34,38%. En segundo lugar, Los argelinos en el 62,50% no tenían antecedentes frente al 37,50% que sí que disponían de ellos. Finalmente, en el caso de los nacionales chilenos, en la totalidad de los casos, estos carecían de antecedentes penales.

Atendiendo a los datos, la mayoría del colectivo de hombres expulsados no disponía de antecedentes penales. Esta misma tendencia se aprecia analizando los datos de los nacionales con mayor índice de expulsiones.

2. Sentencias de conformidad: del total del colectivo de extranjeros expulsados se han conformado el 35,35%.

Si analizamos estos datos atendiendo a los tres países con más expulsados: los nacionales de Marruecos se conformaron en el 34,29%. Respecto de Argelia, se produjo la conformidad en el 25% de los casos. Finalmente en el caso de Chile, la mitad de los nacionales aceptaron la pena solicitada (50%).

En el colectivo de extranjeros expulsados, las sentencias de conformidad han sido superiores respecto del total de la muestra²⁸⁷. Esta tendencia se ha mostrado igualmente analizando los datos por países a excepción de Argelia.

3. Asistencia al juicio oral: los extranjeros del colectivo analizado en un 78,95% de los casos han asistido al juicio oral.

En el 80% de los casos, los marroquí han estado presentes en la celebración del juicio oral, los argelinos han acudido en el 57,14% y finalmente los nacionales de Chile han acudido en un 83,33%. De lo que se puede concluir que la gran mayoría han acudido al juicio oral.

²⁸⁶ Este porcentaje es producto de la suma de los datos que computan los casos en que no hay antecedentes penales (60,61%) y los que sí tienen, pero no son computables (12,12%).

²⁸⁷ Del estudio sobre el procedimiento de aplicación del art. 89 del CP las sentencias de conformidad supusieron el 28% del total. Véase 116 y ss.

4. Valoración del arraigo y resultado del mismo en sentencia: del total del colectivo de extranjeros que ha sido expulsado, se ha realizado valoración del arraigo o las circunstancias personales del extranjero²⁸⁸ en el 28,8% de los casos, habiendo sido negativo en la totalidad de los casos.

Analizando estos datos sobre los nacionales de Marruecos, la investigación ha mostrado que en el 36,84% de los casos, se ha producido una valoración del arraigo, habiendo sido el resultado negativo en todos los casos. Respecto a los nacionales de Argelia, los datos son similares a Marruecos, ya que se ha realizado una valoración de las circunstancias personales del extranjero en el 37,50% de los casos -en la totalidad, el resultado ha sido también negativo. Por último, en el caso de Chile, al 100% de sus nacionales, durante la celebración del juicio oral no se les ha realizado ninguna valoración del arraigo.

Como se observa en los resultados, las valoraciones de arraigo teniendo que ser una parte importante del procedimiento de aplicación, se han realizado en pocos casos.

5. Delito cometido: las tres delitos mayoritarios por los que han sido condenados los extranjeros han sido: robo (31,48%), en segundo lugar, robo en grado de tentativa (21,30%) y por último el delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud (14,81%).

Desglosando estos resultados por países se observa la misma tendencia. Las tipologías delictivas han sido delitos contra la propiedad y delitos contra la salud pública.

6. Duración de las pena (meses): para el total del colectivo expulsado, la duración de la condena ha sido: 12 meses con un 15,74%. En segundo lugar, la condena de 24 meses con un 11,11% y finalmente la condena de 6 meses con un 9,26%.

²⁸⁸ Para el objeto de esta investigación se ha conceptualizado la valoración del arraigo de la siguiente manera: 'Se habrá realizado una valoración adecuada del arraigo del extranjero si, además de corroborar su situación administrativa, se ha valorado o preguntado -aunque haya sido tangencialmente- sobre sus circunstancias personales y laborales.

Por el contrario, en los casos en que solamente se ha comprobado su situación administrativa se ha entendido que no se ha realizado una valoración individualizada de la situación del extranjero?.

Por países, nos encontramos variaciones de unos países a otros, mientras que Marruecos tiene una duración de las condenas similar a las del total del colectivo respecto a Argelia y Chile la duración de las condenas varía con respecto a la duración del colectivo de extranjeros expulsados.

La duración de condena más impuesta en Argelia es de 5 meses (42,86%), en segundo lugar, 24 meses (28,57%) y finalmente con el 14, 29% las condenas de 9 y 10 meses de privación de libertad respectivamente. Con respecto a los nacionales de Chile, la duración de las condenas varía, ya que nos encontramos con que la condena más impuesta es de 88 meses de prisión con un 33,33% (sobre esta duración de condena, que corresponde a 7 años y 4 meses de privación de libertad, la solicitud de aplicación del art. 89 del CP se realiza en la modalidad de sustitución parcial). El resto de condenas impuestas han sido, de 4, 12, 13 y 24 meses de privación de libertad con un 16,67%.

7. Acuerdo de la expulsión sustitutiva: en el caso del colectivo analizado, la sustitución de la condena privativa de libertad por la medida del art. 89 del CP se produjo en el 93,52% en sentencia, frente al 6,48% que no se produjo en dicha fase. Datos similares si se centra la atención de esta variable sobre los nacionales de Marruecos, Argelia y Chile.

8. Plazo de prohibición de no regreso: la duración más impuesta ha sido de 10 años en un 55% de los casos, en segundo lugar, 5 años con un 32%, en tercer lugar, 7 años con un 7% y finalmente en el 3% de los casos se ha impuesto una duración de 6 y 8 años.

Analizando el plazo de no regreso impuesto en función de los países con mayor índice de nacionales expulsados, se observa que en el caso de Marruecos la duración de años es similar a la del colectivo de extranjeros expulsados. En el caso de los argelinos, las duraciones impuestas han sido, de 10 años en el 62,50% de los casos, de 5 años en el 25%, y de 8 años en el 12,50% restante. Finalmente, a los nacionales de Chile, se les ha impuesto de 10 años (50%), y de 5 años (50%).

9. Resolución del auto: en esta fase del procedimiento se ha ratificado en el 93,52% la resolución de la sentencia consistente en sustituir la pena privativa de libertad por la

expulsión del territorio y acordado en el resto de casos analizados que no se había procedido en la fase de juicio oral.

A modo de síntesis, en la siguiente tabla se muestran los datos más representativos del perfil del extranjero al que se le ha ejecutado la expulsión sustitutiva.

Tabla VII. Perfil del extranjero expulsado

País procedencia	Marruecos (África)
Antecedentes penales	No
Sentencia en conformidad	No
Asistencia al juicio oral	Sí
Valoración del arraigo	No
Delito cometido	Delitos contra el patrimonio
Condena impuesta	12- 24 meses de privación de libertad
Sustitución por el art. 89 del CP	Sí
Años de no regreso	10
Resolución del auto	Expulsión

(*)Fuente: Elaboración propia.

5.3. Perfil del extranjero cumpliendo la pena originaria.

Pueden existir diferentes principalmente dos razones por las que el extranjero en vez de ser expulsado del territorio en virtud del art. 89 del CP cumpla la pena privativa de libertad: la primera de ellas, se puede producir porque se acredite que el extranjero tiene arraigo en nuestro país, lo que justificaría el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario. La segunda razón se produciría porque durante la ejecución de la medida exista alguna causa que impida la materialización de la misma.

Dándose cualquier de estas dos circunstancias, se retorna a la pena privativa de libertad originaria, la cual se podrá suspender o sustituir en base a lo establecido en el segundo párrafo del art. 89.6 del CP. Respecto al colectivo objeto de este perfil el órgano judicial ha optado por el cumplimiento de la pena originariamente impuesta (prisión).

Los extranjeros que finalmente han cumplido la pena de prisión suponen el 28,7% del total de la muestra inicial. Las variables elegidas para realizar el perfil, son las mismas

que para el perfil del extranjero al que se le ha ejecutado la expulsión penal²⁸⁹, pero para este, se ha añadido la variable ‘causas de inexpulsabilidad’.

Los datos muestran que el continente al cual pertenecen más nacionales cumpliendo la pena privativa de libertad son: en primer lugar, Asia, (37,50%). En segundo lugar, se encuentra África (35%). En tercer lugar, Europa (13,75%); en cuarto lugar, Centroamérica y América del Sur (12,50%) y finalmente, Oceanía (1,25%). Por tanto, los extranjeros a los que se les ha ejecutado la pena originaria en vez de la sustitución por la expulsión son mayoritariamente asiáticos y africanos.

Desglosando estos porcentajes por países, a diferencia de los datos obtenidos en el apartado anterior, sobre este perfil, los extranjeros están más repartidos por países. Los países con mayor índice de extranjeros cumpliendo la pena originaria son, tomando como primer continente Asia: India (23,33%), y en segundo lugar, los países de Irak, Líbano y Pakistán con un 13,33% respectivamente. Sobre África, el país con más nacionales es Marruecos, que supone respecto al total de africanos el 25%, y en segundo lugar, Senegal, con 5 extranjeros, lo que se traduce en el 17,86% del total africano.

Al igual que en el perfil anterior se analizarán, en primer lugar, las variables sobre el colectivo analizado, y en segundo lugar, sobre los nacionales de los países con mayor tasa de extranjeros cumplimiento la pena privativa de libertad²⁹⁰.

1. Antecedentes penales: del total del colectivo de extranjeros cumpliendo la pena privativa de libertad, el 22,50% no tiene antecedentes penales, el 10% sí que tiene, pero están cancelados, y por último, el 67,50% restante, sí tiene antecedentes, y estos están vivos.

Desglosando estos datos por los países con mayor número de extranjeros cumpliendo la pena privativa de libertad, los datos muestran la misma tendencia que para el total del

²⁸⁹ Las variables del perfil del extranjero expulsado son: los antecedentes penales, las sentencias en conformidad, la asistencia al juicio oral, la valoración y resultado del arraigo en sentencia, el delito cometido, la condena impuesta en meses, si se ha producido sustitución en sentencia, y los años de no regreso que se han acordado.

²⁹⁰ En este segundo perfil, por tratarse de varios países, en muchas de las variables se hará un comentario general.

colectivo, es decir, en todos los países -a excepción de Marruecos- más de la mitad de sus nacionales tienen antecedentes penales, y estos están vivos.

2. Sentencias de conformidad: los datos muestran que el 72,50% de los extranjeros no se han conformado con la pena solicitada. Los datos por países, siguen la misma tendencia que los datos globales del colectivo analizado.

La solicitud de pena a la que hace referencia la conformidad es a la solicitud de la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio, no al cumplimiento de la pena originaria. Por ello, lo relevante de estos resultados es conocer el porcentaje de extranjeros que querían –en principio- se ejecutara la expulsión.

3. Asistencia al juicio oral: los datos han mostrado que para el colectivo analizado, el 78,08% asistió a la celebración del juicio.

Respecto a los africanos, los datos establecen que el 56,52% sí que asistió al juicio oral, frente al 43,48% que no asistió. El porcentaje de los nacionales asiáticos que sí asistieron a la celebración del juicio oral fue bastante superior que en el caso de los africanos, exactamente del 85,71%.

4. Valoración del arraigo y resultado del mismo: se hacía referencia al inicio de este apartado que una de las causas por las que no se sustituye la pena privativa de libertad por la expulsión del art. 89 del CP puede ser que en el caso de que se realice por parte del Juez o Tribunal una valoración de las circunstancias personales del extranjero, esta sea positiva, es decir, que existen razones que desaconsejan o impiden la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional.

Los datos globales sobre este colectivo muestran que, en el 43,21% de los casos sí se ha producido una valoración del arraigo o de las circunstancias personales del extranjero.

Los datos por continentes muestran en el caso de África, que se ha producido una valoración del arraigo en el 48,15% de los casos. Sobre los nacionales asiáticos, la valoración se ha producido en el 40%.

Para obtener un resultado global de la valoración del arraigo es necesario que tengamos en cuenta el resultado del mismo en los supuestos que este se haya producido. Del total

del colectivo analizado, en que se ha producido valoración del arraigo, este ha sido positivo en uno de los casos, lo que supone el 2,86% siendo el extranjero asiático, pero de ninguno de los países con mayor índice de nacionales cumpliendo la pena privativa de libertad.

5. Delito cometido: el delito más cometido ha sido con un 22,22% el delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud. En segundo lugar, se sitúa el hurto en grado de tentativa con un 19,75%. Y, en tercer lugar, el robo en grado de tentativa con un 17,28%.

De la anterior clasificación, destaca que los tipos penales más cometidos se engloban dentro de delitos contra el patrimonio y contra la salud pública.

6. Condena impuesta: destacan tres duraciones de la pena privativa de libertad. En primer lugar, la condena más impuesta a este colectivo con el 16,05% es de 5 meses, y en segundo lugar, las condenas de 12 y 24 meses de privación de libertad con un 11,11%. Si bien las condenas de este colectivo varían desde los 3 meses hasta los 5 años, las condenas de 5, 12 y 24 meses suponen el 38,27% del total.

7. Acuerdo de la expulsión sustitutiva: los datos de este colectivo muestran que en casi la totalidad de los casos, se ha procedido por parte del Juez a sustituir la condena originaria por la expulsión penal, exactamente, en el 98,77% de los casos, lo que supone que en el 1,23%, no se ha acordado la medida del art. 89 del CP.

8. Plazo de prohibición de no regreso: de la totalidad de los casos en que se ha producido la sustitución por la expulsión sustitutiva, la duración de los años de no regreso ha sido, en primer lugar, 10 años en el 65,38% de los casos, en segundo lugar, 5 años con un porcentaje del 26,92% y finalmente a este colectivo se les ha impuesto también como duración de no regreso al territorio 1, 6, 7 y 8 años, que suponen el 7,7% del total.

9. Resolución del auto: la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión penal se ha ratificado en el 92,59% de los casos, en segundo lugar, la imposición del cumplimiento de la pena originaria con un 6,17% de los casos y

finalmente, se ha producido una sustitución por la pena de multa, lo que supone el 1,23% del total.

10. Causas de inexpulsabilidad:. sobre el colectivo analizado se han dado cinco de estas causas. El motivo que con mayor frecuencia ha impedido que se produjera la ejecución de la medida ha sido la negación del consulado del país de origen del extranjero a documentarle, esta causa se ha registrado en el 79,22% de los casos. En segundo lugar, no se ha podido materializar la expulsión porque el extranjero tenía causas pendientes, en tercer lugar, porque en el plazo en que se ha de materializar la medida, no ha habido vuelos para poder realizar el traslado, y finalmente, hay dos motivos con el 1,30% cada uno consistentes en: a) problemas en el avión y b) que la persona residía de manera regular en el territorio español.

Una vez analizadas todas las variables de los extranjeros que cumplen la pena privativa de libertad, los datos obtenidos en el marco de esta investigación, muestran que los extranjeros que cumplen la pena originaria son principalmente asiáticos o africanos, específicamente, indios o marroquíes.

Con antecedentes penales vivos, y cuya situación procesal penal es de libertad. Sin conformarse en la fase de sentencia con la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio y habiendo asistido a la celebración del juicio oral.

Con respecto a la valoración del arraigo, se puede afirmar que no se ha producido, pero los datos globales muestran que ha habido un alto porcentaje de valoraciones de las circunstancias personales de los extranjeros. Atendiendo a los delitos cometidos, destacan los delitos contra el patrimonio y la salud pública, y la condena impuesta es de 5, 12 y 24 meses. Se ha producido la sustitución por la expulsión en sentencia y ratificado en auto, imponiendo 10 años de no regreso. Y finalmente, la causa por la que no se ha producido la sustitución por la expulsión es porque el consulado del país de procedencia se ha negado a documentar al extranjero para su expulsión.

Tabla VIII. Perfil del extranjero cumpliendo la pena originaria

País procedencia	India (Asia) Marruecos (África)
Antecedentes penales	Sí
Sentencia en conformidad	No
Asistencia al juicio oral	Sí
Valoración del arraigo	No
Delito cometido	Delitos contra el patrimonio/ Salud Pública
Condena impuesta	5- 12- 24 meses de privación de libertad
Sustitución por el art. 89 del CP	Sí
Años de no regreso	10
Resolución Auto	Expulsión
Causas de inexpulsabilidad	Negación del consulado

(*)Fuente: Elaboración propia.

5.4. Perfil del extranjero sobre quién se acuerda la suspensión de la condena.

Tras haber analizado las características definitorias de los colectivos de extranjeros que han sido expulsados y que han cumplido la pena privativa de libertad, se va a realizar el perfil de los extranjeros que habiendo estado condenados a la expulsión del art. 89 del CP, finalmente se les ha impuesto la suspensión de la condena por la imposibilidad de materializar la expulsión del territorio (art. 89.6 del CP).

Para definir al colectivo de extranjeros al que se les ha suspendido la condena, en primer lugar se han seleccionado a los individuos que no tenían antecedentes penales o si los tenían, estos estaban cancelados, y en segundo lugar, que la condena impuesta no superara los 2 años de privación de libertad y que el cumplimiento final haya sido la imposición de la suspensión de la condena.

El colectivo seleccionado ha supuesto sobre el total de la muestra inicial el 25,01%. Las variables que se van a tener en cuenta para realizar el perfil son las siguientes: la nacionalidad por continentes, el país de procedencia, si ha habido sentencia en conformidad, la asistencia al juicio oral, la valoración del arraigo y resultado del mismo, el delito cometido, la condena impuesta (que será hasta los 24 meses como máximo), si se ha producido la sustitución en sentencia, los años de no regreso que se han asociado, la resolución del auto y finalmente las causas de inexpulsabilidad.

Los datos muestran que en primer lugar se encuentran los asiáticos con un 35,71%, en segundo lugar, los africanos, con el 27,14%, en tercer lugar, los nacionales de Centroamérica y América del Sur, con un 22,86% y finalmente, los europeos extracomunitarios con un 14,29%. En este caso, no hay ningún nacional de Oceanía cumpliendo la pena alternativa de suspensión.

Desglosando estos datos por países, se observa que en Asia, destacan 2 países, Pakistán (32%) e India (24%). De África, el país con más nacionales al que se les ha suspendido la ejecución de la pena originaria es Nigeria (21,05%) y en segundo lugar, se encuentran los países de Gambia y Marruecos con el 15,79% de los casos. Con respecto a Centroamérica y América del Sur, el país con mayor índice de nacionales es Colombia (25%), Chile (18,75%) y, en tercer lugar, Brasil con el 12,50% de los casos. Finalmente, destacar Bosnia – Herzegovina dentro de los países europeos con un 70% de los casos. Para realizar el análisis, si bien se analizarán los datos globales de este colectivo, en algunas variables se tomarán los países de Pakistán, Nigeria, Colombia y Bosnia-Herzegovina por ser los países con mayor índice de nacionales a los que se les ha suspendido la pena originaria por no haberse podido materializar la expulsión.

Tal y como se ha ido realizando en los anteriores perfiles, se irán analizando las siguientes variables:

1. Sentencias de conformidad: en el 77,94% los extranjeros no se han conformado con la solicitud de expulsión sustitutiva.

Analizando los datos de los países con mayor índice de extranjeros cumpliendo la suspensión de la condena, destacar Nigeria, por ser el país con un 50% de sentencias en conformidad. En el resto de países, la no conformidad con la pena solicitada está en porcentajes similares a los obtenidos para el total del colectivo.

2. Asistencia al juicio oral: los extranjeros de este perfil han asistido en un 74,58% de los casos a la celebración de la vista oral.

Estos datos son superiores en los países con mayor número de extranjeros cumpliendo suspensión de la condena, en los que la asistencia al juicio oral de sus nacionales supera en todos los casos el 75%.

3. Valoración del arraigo y resultado del mismo: los datos muestran que no ha habido una ponderación de las circunstancias personales de los extranjeros en el juicio oral en el 64,29% de los extranjeros objeto de este perfil.

Esto ha ocurrido de igual forma en los demás países con mayor número de extranjeros a los que se les ha aplicado la suspensión de la ejecución de la condena, superando en todos los casos, a excepción de Colombia, el 70% de no valoraciones de las circunstancias personales. En Colombia, las valoraciones han sido del 50%.

De las valoraciones que se han realizado, el resultado de las mismas ha sido negativo en todos los casos, de lo que se puede afirmar que en ningún supuesto, las circunstancias personales de los extranjeros, en la fase de juicio oral, han sido razones suficientes para no proceder a la sustitución de la medida del art. 89 del CP.

4. Delito cometido: los tres delitos más cometidos por los extranjeros del colectivo analizado son: en primer lugar, delitos contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud en un 34,29%, en segundo lugar, el hurto en grado de tentativa (17,14%), y, en tercer lugar el robo en grado de tentativa con un 11,43% de los casos.

Desglosando estos datos por los países seleccionados por tener más extranjeros cumplimiento la pena alternativa de suspensión, los resultados muestran que el delito más cometido por los nacionales de Bosnia- Herzegovina es la tentativa de hurto con un 42,86% de los casos. En el caso de Colombia, la tentativa de robo y el delito de Robo han sido los delitos más cometidos, con un 50% en total. Los nigerianos y los pakistanís han cometido el delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud en el 50% de los casos respectivamente.

5. Expulsión sustitutiva y años de no regreso: en la totalidad de los casos de este colectivo, se produjo la aplicación del art. 89 del CP.

Como ya se ha ido comentando, a lo largo de este apartado, asociado a la aplicación de la sustitución por la expulsión, se ha de acordar unos años de no regreso. En este caso, el plazo de 10 años ha sido el predominante con un 58,82% de los casos. En segundo lugar, 5 años, en un 32,35%, en tercer lugar, 6 años, en un 7,35% y finalmente, 7 años con un 1,47%.

Desglosando los datos por países, los resultados muestran que a excepción de Nigeria, que el plazo más impuesto de no regreso ha sido de 5 años, en el resto de países se ha seguido la tendencia de los datos globales para este colectivo, es decir, 10 años.

6. Resolución del auto: éstas varían respecto al acuerdo en la fase de juicio oral, porque si bien, la expulsión ha sido la medida que más se ha acordado con un porcentaje del 85,71%, se han acordado en esta fase otros tipo de penas: la suspensión de la condena por un plazo de 2 años (11,43%) la pena de prisión y suspensión de la condena, pero con un plazo de 3 años, en el 1,43%, respectivamente.

Las resoluciones del auto por países, siguen la tendencia global, es decir, la medida más impuesta ha sido la expulsión del territorio, a excepción de Nigeria, al mostrar los datos que se ha impuesto la suspensión de la condena por una duración de 2 años en el 50% de los casos.

7. Causas de inexpulsabilidad: las causas que han producido que se retornara a la pena originaria de privación de libertad y por tanto, a la suspensión de la condena de este colectivo, han sido varias: en primer lugar, la negación del consulado del país de procedencia a documentar al extranjero para proceder a la expulsión (69,23%). En segundo lugar, la situación administrativa de regularidad (13,85%) y por tanto, se inhabilita la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio. En tercer lugar, problemas en el avión (7,69%). En cuarto lugar, causas pendientes (6,15%). Y finalmente, con un 1,54%, superación máxima del tiempo de estancia en CIE sin haberse podido materializar la expulsión del territorio.

Analizando las causas entre los países con mayor índice de extranjeros cumplimiento la suspensión de la condena, el motivo, en la totalidad de ellos, ha sido la negación del consulado a documentarles para poder proceder a la expulsión del territorio.

Tabla IX. Perfil del extranjero cumpliendo la suspensión de la condena

País procedencia	Bosnia- Herzegovina (Europa)
Antecedentes penales	No
Sentencia en conformidad	No
Asistencia al juicio oral	Sí
Valoración del arraigo	No
Delito cometido	Delitos contra el patrimonio/ Salud Pública
Condena impuesta	Hasta 24 meses
Sustitución por el art. 89 del CP	Sí
Años de no regreso	10
Resolución Auto	Expulsión
Causas de inexpulsabilidad	Negación del consulado

(*)Fuente: Elaboración propia.

6. Reflexión final.

El objetivo principal de la investigación ha consistido en conocer si los problemas teóricos que sobre la expulsión se presentaban eran trasladados a la práctica judicial, y de ser así, cómo afectaba a su aplicación.

Los resultados de la investigación han mostrado que estas fricciones que se plasman sobre el papel se trasladan a la práctica, pero además surgen otros problemas derivados de la aplicación judicial de la expulsión sustitutiva. En este sentido son destacables los siguientes:

Primero, se ha detectado una preocupante escasez de criterios tanto para acordar la medida como para posteriormente materializarla. Respecto de los primeros -que son consecuencia de una falta de exhaustividad en la redacción del precepto- son los relativos a determinar cuál ha de ser el momento de la verificación de la regularidad, o qué elementos conforman la excepcionalidad de la aplicación automática de la expulsión, como por ejemplo el arraigo o las circunstancias personales del extranjero, entre otras cuestiones. Respecto al segundo grupo de criterios los resultados de la investigación han mostrado la inexistencia de directrices estándar para proceder a la aplicación de la medida.

Segundo, a esta falta de criterios ha de sumarse una falta de recursos del sistema penal para poder realizar de manera adecuada todos los procedimientos que la inclusión de la medida en el ordenamiento penal requiere.

Estas dos problemáticas observadas en la práctica se traducen en deficiencias en la aplicación tales como imposiciones de la expulsión sustitutiva a extranjeros en situación de regularidad, valoraciones inexistentes o tangenciales de las circunstancias del arraigo, superación del tiempo máximo de internamiento en centro penitenciario, sentencias de conformidad en ausencia del extranjero, entre otras.

Por tanto, con la realización de la investigación se han observado un conjunto de problemáticas prácticas, siendo algunas de ellas consecuencia directa de la configuración del precepto por parte del legislador, mientras que otras derivan directamente de los

criterios seguidos por los órganos judiciales y por los organismos encargados de su materialización.

En el siguiente Capítulo se pretende analizar la expulsión como consecuencia jurídico penal en los dos planos analizados hasta el momento en el presente trabajo –teórico y práctico- para de esta manera poder intentar dar respuesta a la premisa de partida de este trabajo consistente en que la expulsión sustitutiva genera fricciones con principios rectores del Derecho penal y del proceso, así como con derechos de los sujetos objetos de aplicación del art. 89 del CP.

CAPÍTULO III. JUICIO CRÍTICO SOBRE LA EXPULSIÓN DEL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL.

Introducción

La expulsión sustitutiva como medida del catálogo de consecuencias penales genera una serie de fricciones con el Derecho penal y procesal así como con determinados derechos de los extranjeros. En este capítulo se pretende analizar las cuestiones problemáticas que se han ocasionado por la inclusión de la expulsión en el ordenamiento penal.

Para ello, en primer lugar, se pretende estudiar la expulsión penal como creadora de un modelo sancionador diferenciado dentro del ordenamiento penal basado en la nacionalidad y en la situación administrativa de los extranjeros, lo que produce que la respuesta penal no vaya en función de la conducta realizada sino en función de las características de su autor.

En segundo lugar, como se ha ido poniendo de manifiesto a lo largo del presente trabajo se estudiara ese conjunto de principios sobre los cuales la doctrina y la jurisprudencia ha observado que la expulsión penal puede extralimitarlos. Específicamente los principios de: igualdad, *non bis in ídem*, proporcionalidad y contradicción. De igual manera, se analizará la interacción de la medida de expulsión con los fines de la pena.

En cuarto lugar, se hará alusión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo por tener la expulsión penal que respetar lo establecido por esta norma y este órgano.

Por último, y a consecuencia de la reforma operada por la LO 1/2015 que modifica cuestiones sustanciales del art. 89 del CP -y que entró en vigor durante la redacción final de este trabajo-, se valoraran los cambios introducidos por el legislador teniendo en cuenta todo lo expuesto en el presente trabajo. Para terminar, se expondrán un conjunto de ideas se considera pueden mejorar el futuro de la aplicación de la expulsión penal.

1 Problemas penales: la expulsión como modalidad de sanción diferenciada.

La inclusión de la expulsión de extranjeros en el catálogo de medidas del ordenamiento penal, en el año 1995, junto con sus reformas posteriores, ha generado que en torno a esta consecuencia jurídica se haya consolidado una política criminal diferenciada²⁹¹.

La medida de expulsión penal ha creado dos modelos punitivos diferentes, en función de los sujetos a los que les es de aplicación, es decir, un modelo para los extranjeros que se encuentran en una situación administrativa de irregularidad en el estado español, y un segundo modelo, para los nacionales, los extranjeros administrativamente regulares y los extranjeros comunitarios²⁹².

La última reforma del art. 89 del CP, por la LO 1/2015, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, si bien mantiene y consolida estos dos modelos punitivos, modifica parte del presupuesto subjetivo y objetivo de la medida, que no se habían alterado desde la redacción original en el año 95. De esta manera, a partir del 1 de julio del 2015, la expulsión podrá ser acordada respecto de sujetos que tengan la condición de extranjeros, independientemente de su situación administrativa, es decir, tanto con un status de regularidad como de irregularidad administrativa.

Con respecto a los extranjeros comunitarios, si bien es cierto que se especifica en el nuevo art. 89 del CP la posibilidad de aplicación de esta medida, no lo es menos que ya se contemplaba la posibilidad de expulsión, por razones de orden público, seguridad o salud pública en base al art. 15 del RD 240/2007 en relación con el art. 27.2 de la Directiva 2004/ 38/ CE²⁹³.

Con respecto a las penas que pueden ser objeto de sustitución, la nueva redacción del art. 89 del CP, establece que serán las penas de prisión, eliminando la posibilidad de

²⁹¹ En este sentido, *vid.* PERIS RIERA (2000: 1205), ASÚA BATARRITA (2002: 48), CANCIO MELIÁ y MARAVER GÓMEZ (2006: 95ss); MONCLÚS MASO (2008: 328), LEGANÉS GÓMEZ (2009: 520- 523), GUI SOLA LERMA (2010b: 5); BRANDÁRIZ GARCÍA (2011: 217-222.).

²⁹² La ciudadanía de la UE aparece regulada en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (segunda parte), en sus art. 20 a 25, en la redacción resultante del Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007, con entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009.

²⁹³ Sobre la posibilidad de expulsión de los extranjeros comunitarios algunos autores consideran que su status específico impide considerarlos extranjeros y por tanto, están excluidos de la aplicación de la medida. En este sentido POZA CISNEROS (1996: 274).

sustitución de la localización permanente y la RPSPIM, contemplada desde la redacción original del art. 89 del CP hasta la última redacción tras la LO 5/2010.

En definitiva, si bien existen modificaciones del art. 89 del CP con la reforma de la LO 1/2015, esta nueva redacción va en la línea de consolidar esta ‘específica’ política criminal construida por el art. 89 del CP en torno a los sujetos con la condición de extranjeros –irregulares y regulares- condenados por un delito que lleve asociada una pena privativa de libertad, ‘cuya finalidad es excluir del sistema jurídico a una categoría de personas, en este caso, los inmigrantes delincuentes’ (Muñoz Ruiz 2014: 12).

Este modelo excluyente, que en principio parece que coloca al extranjero en una situación más perjudicial²⁹⁴ es, en otros casos –atendiendo a las circunstancias del hecho y personales del autor-, una consecuencia más beneficiosa para el extranjero, que el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta (Asúa Batarrita 2002: 96)²⁹⁵.

Este carácter ambiguo de la expulsión penal –cómo se irá viendo a lo largo de este capítulo- genera una falta de adecuación a los principios de igualdad, proporcionalidad y *non bis in ídem*, así como una posible pérdida de confianza en el sistema penal por parte de los ciudadanos respetuosos con la legalidad (Muñoz Ruiz 2014: 13).

Dentro de los supuestos que generan un trato diferenciado –no solo los extranjeros irregulares con respecto a los nacionales y extranjeros regulares²⁹⁶, sino también, entre los mismos extranjeros irregulares- situando a los no nacionales en una realidad de mayor desventaja, por ser la aplicación del art. 89 del CP una consecuencia jurídica más gravosa, nos encontramos, en primer lugar, con lo establecido en el segundo párrafo del art. 89.6 del CP, en la redacción dada por la LO 5/2010.

En este apartado se regula la posibilidad de acordar la suspensión o sustitución (en los términos del art. 88 del CP) de la pena originaria (penas de prisión de hasta 2 años),

²⁹⁴ En este sentido *vid.* MONCLÚS MASO (2008: 433), NAVARRO CARDOSO (2006a: 168).

²⁹⁵ En este sentido *vid.* STSS 901/2004, de 8 de julio; 636/2005, de 17 de mayo; 710/2005, de 7 de junio; 906/2005, de 8 de julio; 1162/2005, de 11 de octubre; 1231/2006, de 23 de noviembre; 35/2007, de 25 de enero, 166/2007, de 14 de febrero y 165/2009, de 19 de febrero.

²⁹⁶ Desde el 1 de julio de 2015, que fue cuando entró en vigor la LO 1/2015, incluyendo dentro del presupuesto subjetivo de la medida del art. 89 del CP a los extranjeros en situación administrativa regular.

cuando no ha sido posible proceder a la expulsión del territorio. Por tanto, lo que se establece en el apartado 6 del art. 89 del CP, es que la respuesta principal al colectivo de extranjeros en situación de irregularidad, será la expulsión del territorio (Brandariz García 2011: 217), y sólo cuando ésta no ha podido llevarse a cabo, se puede plantear la posibilidad de la suspensión o la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad en los términos establecidos en la Ley para el resto de los penados (FPM 2011: 12).

La nueva redacción del art. 89 del CP, dada por la LO 1/2015, no es novedosa sobre este aspecto, ya que mantiene la medida de expulsión del territorio como respuesta principal al colectivo de extranjeros, ahora sí, regulares e irregulares. Aunque sí que se aprecian modificaciones con respecto al texto anterior en referencia a la omisión de la sustitución en los términos del art. 88 del CP, ya que la reforma establece la posibilidad de sustitución en el régimen único de suspensión (Muñoz Ruiz 2014: 36).

Otra consecuencia desfavorable de la anterior redacción del art. 89 CP, tiene que ver con la modalidad de expulsión parcial, contemplada en el art. 89.5 del mismo texto. Se establece que tras parte del cumplimiento de la pena privativa de libertad, en el caso de los extranjeros en situación de irregularidad, les será sustituido el tiempo de condena restante por la expulsión del territorio. Esta modalidad supone que tras haber cumplido una parte importante de la condena, la persona, será expulsada a su país de origen (al acceder al tercer grado o al haber cumplido las $\frac{3}{4}$ partes de la condena), con la consecuencia accesoria, de no poder regresar de nuevo, por un periodo que puede variar entre los 5 y los 10 años de duración (Monclús Masó 2008: 328).

Sobre este aspecto, la LO 1/2015 no modifica la modalidad parcial de sustitución (art. 89.2 del CP), en cuánto que la sustitución se produzca a las $\frac{3}{4}$ partes o al acceder al tercer grado. En cambio, sí que se produce un cambio en el otro supuesto de sustitución. En este caso, será el Juez quien determinará si se sustituye el total de la pena de prisión, o por el contrario, cumple una parte de la condena en un centro penitenciario (no pudiendo exceder de dos tercios), sustituyendo la parte restante, que en todo caso será con los límites establecidos para la modalidad de sustitución parcial (art. 89.2 del CP).

Tanto en la regulación anterior, como en la nueva redacción del art. 89 del CP, en el caso de los extranjeros condenados, la aplicación de la modalidad parcial de sustitución, impide que pueda acceder a los regímenes comunes establecidos en la legislación penitenciaria, teniendo que asumir no sólo el cumplimiento de una parte importante de la condena, sino posteriormente una deportación a la que se suma la imposibilidad de poder regresar tanto al estado que ejecutó la medida, como al conjunto de países del espacio Shengen (Brandariz García 2011: 218).

Además, la Ley Orgánica General Penitenciaria²⁹⁷ (en adelante LOGP), si bien no establece una regulación distinta para los internos extranjeros en situación de irregularidad o con falta de arraigo en nuestro país, configura ambas circunstancias como imprescindibles para la obtención de beneficios penitenciarios –permisos de salida, acceso al tercer grado o libertad condicional- del sistema de progresión de grados, durante el cumplimiento de la condena (García España y Rodríguez Candela ()): 7-8), lo que se traduce en que durante el tiempo de cumplimiento de la condena, las probabilidades de que el cumplimiento de la pena en el centro penitenciario se realicen sin disfrute de beneficios penitenciarios, son muy elevadas²⁹⁸.

Por tanto, las diferencias de trato respecto a los extranjeros irregulares ya no sólo se manifiestan en la expulsión y con los años de prohibición de regreso, sino además, en las condiciones de cumplimiento de la pena privativa en el centro penitenciario.

Otro nivel de desigualdad, donde se percibe una mayor severidad por la aplicación del art. 89 del CP, tiene que ver con la posibilidad de sustituir por la expulsión del territorio penas privativas de libertad de muy diferente duración. Con la redacción del art. 89 vigente hasta el 30 de junio, se permitía que la sustitución por la expulsión se realice en casos de penas que van de 3 meses hasta 6 años de privación de libertad.

Con la reforma operada por la LO 1/2015, se modifica la duración de las condenas a las que se pueden aplicar las modalidades de sustitución. En el caso de la modalidad regulada en el art. 89.1 del CP, se podrán sustituir las penas entre 1 y 5 años de

²⁹⁷ Publicado en: «BOE» núm. 239, de 5 de octubre de 1979, páginas 23180 a 23186 (7 págs.).

²⁹⁸ Para un análisis más exhaustivo sobre las condiciones de los extranjeros en los centros penitenciarios *vid.* RODRÍGUEZ CANDELA Y GARCÍA ESPAÑA (-); LEGANÉS GÓMEZ (2009: 509-564).

duración, mientras que en la modalidad parcial, la sustitución se realizará en condenas de mínimo 5 años de privación de libertad. Si bien en la nueva regulación del art. 89 del CP se realiza un cambio en los límites de sustitución, elevando a 1 año el límite mínimo²⁹⁹, la desventaja de trato sigue siendo palpable, por la desproporción entre las posibilidades de sustitución existentes.

Además, si tenemos en cuenta que en la redacción vigente hasta el 30 de junio, con respecto a la modalidad de sustitución parcial, no se establece un límite mínimo para acordarla –a diferencia de lo que sucede con la nueva regulación de la LO 1/2015-, cabe la posibilidad que en condenas de la misma duración, en unos casos se aplique la sustitución total del art. 89.1 CP, y en otros, la sustitución parcial (art. 89.5 CP), suponiendo en este último caso, una mayor desproporción con respecto al cumplimiento de la primera modalidad, por tener que cumplir, en primer lugar, una parte de la condena en un centro penitenciario y posteriormente, la medida de expulsión.

Otro de los supuestos en los que se puede percibir la aplicación del art. 89 CP como una consecuencia jurídica más perjudicial, se da en el colectivo de extranjeros en situación de irregularidad, específicamente en la fase de ejecución de la medida de expulsión. En este supuesto, se puede dar la circunstancia que haya extranjeros a los que no se pueda materializar la expulsión por circunstancias derivadas de las embajadas de los países de origen, o por falta de documentación, lo que conlleva que no a todos los extranjeros condenados a la aplicación del art. 89 del CP se les pueda materializar la medida³⁰⁰.

Valorando esta diferencia de trato, tras la reforma de la LO 1/2015, en que el presupuesto subjetivo contempla a extranjeros en situación de regularidad e irregularidad, se podría afirmar que las circunstancias, que en algunos supuestos impiden la materialización de la expulsión, situarán a los extranjeros regulares en una

²⁹⁹ Límite mínimo que se unifica con el límite establecido para la expulsión administrativa (art. 57.2 de la LOEx)

³⁰⁰ En este sentido *vid.* LEGANÉS GÓMEZ (2009: 521), BRANDARIZ GARCÍA (2011: 218), GARCÍA ESPAÑA y DIEZ RIPOLLÉS (2012: 205), CANCIO MELIÁ Y MARAVER GÓMEZ (2006: 98-99).

situación más perjudicial, porque las probabilidades de expulsión pueden ser mayores, al tener el Estado español documentación vigente de sus países de origen.

Pero, este régimen ‘especial’ del art. 89 del CP, no siempre supone una desventaja de trato en la que se percibe una mayor severidad. En determinados supuestos, la aplicación de la medida de expulsión penal puede ser una consecuencia jurídica más beneficiosa para el extranjero irregular³⁰¹, en comparación con los nacionales y extranjeros con situación administrativa regular.

Este ‘trato más favorable’ se percibe de manera más evidente si se compara la situación de un extranjero condenado al art. 89 CP –con la anterior regulación–, con un extranjero regular. En el caso del extranjero en situación de irregularidad, si bien dependiendo de la duración de la condena impuesta, se realizará una sustitución completa o parcial, en ningún caso cumplirá el total de la pena en un centro penitenciario español. En cambio, el extranjero en situación de regularidad, tendrá que cumplir la pena privativa de libertad en su totalidad –siempre que sean penas superiores a un año de prisión–, teniendo posteriormente la probabilidad de ser deportado por la autoridad gubernativa, en base a los términos establecidos en el art. 57.2 de la LOEx³⁰².

Otra posibilidad que tiene el extranjero en situación regular, consiste en el cumplimiento de la pena en un tercer país³⁰³, o el cumplimiento de la libertad condicional en el país de origen (art. 197 RP), pero en ningún caso estas dos medidas de

³⁰¹ *Vid.* ASÚA BATARRITA (2002: 48), CANCIO MELIÁ; MARAVER GÓMEZ (2005: 392 ss.); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (DIRS.) (2007: 631, 691, 300); LEGANÉS GÓMEZ (2009: 520 ss.). En este mismo sentido STC 242/1994, de 20 de julio. SSTS 1249/2004, de 28 de octubre; 1546/2004, de 21 de diciembre; 166/2007, de 14 de febrero; 165/2009, de 19 de febrero; 439/2010, de 12 de mayo; 791/2010, de 28 de octubre; 853/2010, de 15 de octubre; 1016/2010, de 24 de noviembre. STC 242/1994, de 20 de julio.

³⁰² En este sentido el art. 256.4 del REx establece como fundamento de efectividad del art. 57.2 de la LOEx lo siguiente: ‘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’

³⁰³ Un análisis más exhaustivo sobre el traslado de personas condenadas en PALOMO DEL ARCO (2010: 129-133)

excarcelación³⁰⁴, exonerarían al extranjero, del cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad (Leganés Gómez 2009: 521).

Entre los presupuestos del art. 89 del CP que son modificados por la LO 1/2015 se encuentran, como ya se ha ido manifestando, el presupuesto subjetivo que pasa a incluir dentro del colectivo al que le puede ser de aplicación la medida de expulsión penal, a los extranjeros en situación de regularidad administrativa. Sobre los presupuestos objetivos, se modifican los límites de las penas de prisión, para poder acordar la medida del art. 89 del CP.

Estas dos novedades en la redacción del art. 89 del CP, implican que en el supuesto anteriormente mencionado, en el que se podría percibir un cierto ‘trato de favor’ del extranjero en situación irregular sobre el regular, este ‘trato’ desaparece, equiparándose ambas situaciones, ya que la circunstancia administrativa ya no es un límite para la no aplicación del art. 89 del CP. Por otra parte, elevar a un año el límite mínimo para acordar la expulsión, en el caso de los extranjeros regulares, genera que se equipare la legislación administrativa con la penal, ya que en el art. 57.2 de la LOEx se regula la expulsión de extranjeros condenados a penas privativas de libertad superiores a un año.

Otra circunstancia, en la que se podría percibir este ‘trato de favor’, con la redacción del art. 89 del CP operada por la LO 5/2010, sería en los supuestos en que los extranjeros no tuvieran ninguna intención de permanecer en España, tras la comisión de los hechos delictivos.

En este sentido, la expulsión del territorio sería la respuesta idónea a la conducta realizada. Sobre este aspecto, la jurisprudencia ha manifestado la imposibilidad de sustituir las penas privativas de libertad por la medida de expulsión, cuando el delito revistiera especial transcendencia, por las particulares circunstancias de sus autores, por los fines perseguidos o bien por la existencia de una necesidad reforzada de protección a la víctima (FGE 2006: 18)³⁰⁵. Con la entrada en vigor de la LO 1/2015 este supuesto

³⁰⁴Recogidas en la Circular de 13 de enero de 1993 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Un análisis más exhaustivo en GARCÍA ESPAÑA (2003-61-64).

³⁰⁵ En este mismo sentido, *vid.* SSTs 919/1999, de 2 de junio; 1249/2004, de 28 de octubre; 1546/2004, de 21 de diciembre; 165/2009, de 19 de febrero; 439/2010, de 12 de mayo; 853/2010, 15 de octubre.

se amplía al total del colectivo de extranjeros con independencia de su situación administrativa.

Analizadas las cuestiones de la expulsión sustitutiva que la sitúan como una consecuencia jurídico penal diferenciada, puede afirmarse que la naturaleza ambigua de la expulsión penal genera que, en determinados supuestos, la aplicación de la medida suponga para los extranjeros una mayor carga retributiva, ‘entendiendo ésta en el sentido tradicional, donde no hay, ni puede existir una reeducación, o reinserción social de la persona condena, solamente un castigo’ (Salinero Echevarría 2011: 124-125; Muñoz Ruiz 2014: 11) o por el contrario, un beneficio para el condenado sujeto a la medida de expulsión.

1.2. La posición de la jurisprudencia ante la ambivalencia de la expulsión penal.

La introducción en el ordenamiento penal de la expulsión de extranjeros como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad ha generado una modalidad sancionadora diferenciada, que dificulta la aplicación racional en el marco de las consecuencias del delito, ya que la carga aflictiva es diferente según la clase de delito y las circunstancias del condenado (Martínez Escamilla 2009: 20; Asúa Batarrita 2002: 48).

El punto de partida de la ambivalencia de esta consecuencia jurídica, tiene su fundamentación, como puso de manifiesto el TC, en su sentencia 242/1994, de 20 de julio, en que:

‘no se concibe como modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida que frente a una conducta incorrecta del extranjero del Estado en que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a una política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar’.

Como se ha ido poniendo de manifiesto a lo largo de este trabajo, la introducción de la expulsión de extranjeros en el catálogo de consecuencias penales genera dos modalidades sancionadoras diferenciadas y esta dualidad también se plasma en las decisiones judiciales, obligando a la jurisprudencia a posicionarse entre el interés del

Para un análisis más detallado, *vid.* Apartado 3.6 ‘Supuestos en que no se procede a la sustitución por la expulsión’ del Capítulo I del presente trabajo. Pág. 59ss.

Estado en el ejercicio del *ius puniendi* y el interés del Estado en expulsar al extranjero. Esta ambivalencia, es reconocida por el TC en su Auto 33/1997, de 10 de febrero³⁰⁶, que expresa:

‘2. Ante todo debe distinguirse dentro de esta figura de expulsión, dado que la relevancia constitucional de los problemas que puedan plantearse es bien distinta en uno y en otro caso, entre, por una parte, la expulsión a instancia del interesado, en la que éste manifiesta su deseo y voluntad de que se le sustituya la pena por esa otra medida; y, por otra, la expulsión de oficio, decretada contra la voluntad del afectado [...]

Ahora bien, cuando la expulsión la solicita el afectado, lo que se está planteando es la concesión de un beneficio consistente en evitar la privación de libertad personal, al adquirir esta consecuencia una evidente prevalencia sobre la limitación consistente en la privación de libertad de residencia por el territorio nacional.

3. Desde esta perspectiva, debe rechazarse, de conformidad con el alegato del Ministerio Fiscal, que la pretensión que se formula sea protegible por el art. 17 CE, invocado en la demanda de amparo. Ciertamente, en la resolución que se impugna, se decidía acerca de la libertad del demandante, pero ello no es por sí mismo determinante en la concesión de amparo. **No cabe, en efecto, hablar de un derecho fundamental a la aplicación de la sustitución de la pena por la expulsión** prevista en el art. 21.2 LODLLE, sino que se trata de una medida que, además del cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la Ley (condena por delito menos grave, aseguramiento de las responsabilidades civiles), **exige una valoración del Juez, dada su configuración legal, que ha de realizar una ponderada interpretación del conjunto del ordenamiento y de los valores defendidos en la Constitución**, que, ni está obligado a otorgarla, ni sujeto a una interpretación necesariamente favorable en virtud, exclusivamente, del principio *pro libertate*...’

Se desprende de lo establecido en el Auto del TC que la aplicación de la expulsión penal ha de acordarse equilibrando el interés del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* y el interés del Estado en expulsar, como una medida de control de los flujos migratorios. Para ello es necesario ponderar la aplicación de la expulsión solicitada a instancia del interesado y cuando es solicitada de oficio en contra de la voluntad del extranjero imputado, ya que si la solicitud de la expulsión penal viene solicitada por parte del

³⁰⁶ El Auto del TC rechaza el amparo a un extranjero brasileño que solicitaba que le fuera sustituida la pena de prisión de 4 años 2 meses y 1 día por cometer un delito de tráfico de drogas por la expulsión.

interesado, esta medida supondría un beneficio para el extranjero, desequilibrando la finalidad Estado en el ejercicio del *ius puniendi*.

Esta necesidad de equilibrar los dos intereses del Estado se subraya, de igual forma, en el Auto del TC 106/1997, de 17 de abril³⁰⁷, en el que el Tribunal reconoce que la aplicación indiscriminada de la expulsión del art. 89 CP será inconstitucional ‘por el simple hecho de tener el condenado la condición de extranjero no residente legalmente en España’³⁰⁸:

‘...pues aun cuando la pena privativa de libertad se inscribe dentro de los límites señalados en el art. 89.1 del Código Penal, sucede que al preceptuar la norma que tales penas inferiores a seis años de prisión, en tanto que afectantes a un extranjero no residente legalmente en España, podrán ser sustituidas por su expulsión, no se pronuncia categóricamente por la sustitución de la pena, sino que meramente faculta a los Tribunales para acordarla, librando a su ponderado arbitrio la medida sustitutoria; y es lo cierto, que no se ofrecen méritos para acceder a la expulsión interesada, si se repara en la acción del penado, **que elementales principios de justicia y equidad aconsejan el efectivo cumplimiento de la pena impuesta, pues de otro modo se produciría un agravio comparativo con los penados nacionales, fomentándose la creencia de la impunidad del delincuente extranjero** dedicado al nocivo y grave tráfico de drogas que tantos perjuicios genera, máxime cuando no se dan garantías de que el resto de la pena vaya a cumplirse en el país de origen...’.

El equilibrio entre la política criminal y la política de flujos migratorios es necesaria para evitar en primer lugar, que los fines de la pena se vean vulnerados por traducirse en una medida que fomente en el extranjero la creencia de impunidad, y en segundo lugar que su aplicación, centrandose solamente la atención en la situación administrativa del imputado, suponga una vulneración del orden constitucional³⁰⁹.

En este sentido, el equilibrio sólo puede salvarse a través de una aplicación restringida, respetuosa con los principios rectores del Derecho penal, situando en segundo plano los criterios de la política del control de los flujos migratorios (Asúa Batarrita 2002: 52),

³⁰⁷ El extranjero solicita que le sea sustituida la pena de prisión de 2 años, 4 meses y 1 día por la comisión de un delito de contrabando y contra la salud pública por la expulsión del territorio. El TC rechaza el recurso de amparo.

³⁰⁸ En esta misma línea la STC 203/1997, de 25 de noviembre.

³⁰⁹ Con otras palabras pero en este mismo sentido CORCOY BIDASOLO Y MIR PUIG (2011: 228).

entre, los que cabe mencionar, el trámite de audiencia del extranjero y la motivación en la aplicación de la expulsión penal (Monclús Masó 2008: 433).

2. Principios rectores del Derecho Penal y del procedimiento.

La medida de expulsión del territorio nacional, como respuesta penal a los extranjeros en situación de irregularidad condenados a pena privativa de libertad supone, como ya se ha puesto de manifiesto, crear dos modalidades sancionadoras diferenciadas lo que conlleva, entre otras consecuencias jurídicas, fricciones con los principios de igualdad, *non bis in ídem*, proporcionalidad y contradicción³¹⁰.

2.1. El principio de igualdad.

La construcción de esta modalidad penal diferenciada tiene como fundamento la situación administrativa -específicamente, la irregular, y con la reforma operada por la LO 1/2015, también la regular-. La cuestión a plantear es sí, esta consecuencia jurídica es adecuada dentro del ordenamiento penal, o por contra, la aplicación de la expulsión del art. 89 del CP carece de legitimidad por vulnerar principios del derecho penal y del proceso, y específicamente, un principio rector del Estado: el principio de igualdad.

Como es sabido, el derecho penal se basa en el principio de territorialidad -art. 23.1 de la LOPJ³¹¹ y art. 8³¹² del Código Civil³¹³ (en adelante CC)-, es decir, las leyes penales españolas se aplican por igual a españoles y extranjeros que se encuentren en territorio español, y por tanto, con base en este principio, el ordenamiento penal no tiene su

³¹⁰ Por todos. En este sentido *vid.* IZQUIERDO ESCUDERO (1997: 1863); ASÚA BATARRITA MAQUEDA ABREU (2001: 509ss.); (2002: 48, 50); JUANETHEY DORADO (2004: 9); CANCIO MELIÁ y MARAVER GÓMEZ (2006: 95ss.); NAVARRO CARDOSO (2006a: 161, 166); BRANDARIZ GARCÍA (2011: 217-222); GÁMIZ Y VALDERRAMA, 2013; MUÑOZ RUIZ (2014: 13), entre otros.

Véase también la SAP Madrid 375/2004, de 9 de julio que expone: ‘absoluto trato desigual y discriminatorio’.

³¹¹ Art. 23.1 de la LOPJ: ‘En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte’.

³¹² Art. 8 del CC: ‘Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español’.

³¹³ Publicado en: «BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889, páginas 249 a 259 (11 págs.).

fundamentación en criterios basados en la situación administrativa o en la nacionalidad³¹⁴ del imputado (Rodríguez Mesa 2006: 259).

La cuestión que se plantea, es si la expulsión penal atenta contra el principio de igualdad³¹⁵ por crear para un mismo delito dos modalidades sancionadoras diferenciadas, fundamentadas en la situación administrativa del infractor. Antes de poder valorar si el art. 89 del CP quiebra este principio, sería necesario conocer, qué se pretende garantizar con la inclusión de esta consecuencia en el catálogo de medidas penales. En este sentido resulta ilustrativa la STC 8/1982, de 4 de marzo:

‘una norma que da soluciones diferentes para situaciones que son objetivamente distintas no puede calificarse, en modo alguno, de atentatoria al principio de igualdad, sino más bien conforme a sustanciales exigencias valoradas por el legislador’

En consecuencia a lo establecido por el TC, y en palabras de Hurtado Adrián (2005: 250), ‘la quiebra al principio de igualdad se produce, no sólo porque medie trato diferente, sino porque este trato carezca de una justificación objetiva y razonable’. Por tanto, es necesario determinar si la expulsión penal vulnera el principio de igualdad por la desigualdad que produce el hecho de que los extranjeros en situación de irregularidad sean expulsados, a diferencia del resto de condenados, que han de cumplir la pena privativa de libertad.

Sobre esta idea, MAQUEDA ABREU (2001: 518) señala que la expulsión penal supone una seria amenaza de lesión de principios constitucionales esenciales, como es el principio de igualdad en la aplicación de la ley penal³¹⁶. Considerando que solo puede hacerse una lectura constitucional de dicha medida si se la somete a la exigencia del resto de substitutivos penales orientados hacia los fines preventivo generales y especiales de la pena.

³¹⁴ MONCLÚS MASÓ (2008: 502) afirma que ‘la nacionalidad no puede constituir un componente que permita excepcionar el principio de igualdad, aplicando una consecuencia jurídico penal diferente a nacionales y extranjeros, ante la comisión de unos hechos delictivos’. En este mismo sentido INSTITUT ESQUERRA XXI (2003: 39).

³¹⁵ Para un análisis más exhaustivo sobre la legitimidad de la expulsión del art. 89 del CP en torno al principio de igualdad *vid.* HURTADO ADRIÁN (2005: 249-262).

³¹⁶ En este mismo sentido MUÑOZ RUIZ (2014: 13).

En contraposición, CUGAT MAURI (2001: 32-36) sostiene que la aplicación de la expulsión a los extranjeros en situación irregular no vulnera los límites constitucionales porque la Constitución no garantiza igualdad de trato entre los nacionales y extranjeros y porque la medida del art. 89 CP no afecta al núcleo de los derechos inherentes a la dignidad humana, y concluye afirmando ‘que debe descartarse que la desigualdad de trato en la imposición de consecuencias jurídicas del delito discrimine negativamente al extranjero’.

Por su parte, MONCLÚS MASO (2008: 503) considera que la CE sí garantiza, aunque de manera limitada, la igualdad de trato. La autora basa esta afirmación en tres motivos: el primero, porque considera que el mismo TC dilata en el tiempo la equiparación entre nacionales y extranjeros. El segundo motivo que argumenta –con visión de futuro–, es que mantener esta desigualdad de trato puede favorecer la construcción de ‘ciudadanos de segunda categoría’. Y el tercer motivo, la desigualdad de trato se produce sobre el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, ámbito sensible del Estado de derecho.

En sentido contrario, HURTADO ADRIÁN (2005: 249 y ss.) considera que la expulsión penal no vulnera el principio de igualdad, y sostiene que en todo caso la desigualdad se produce con los condenados obligados al cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, planteándose que la discriminación con el colectivo de irregulares puede ser positiva por beneficiarse éstos de no ingresar en un centro penitenciario.

Vistas diferentes posiciones en torno a la legitimidad de la medida de expulsión dentro del ordenamiento penal, lo que parece claro y pone de relieve la doctrina mayoritaria³¹⁷ es que este conjunto de contradicciones valorativas carece de justificación suficiente, resultando inadmisibles que el modelo sancionador del art. 89 del CP se asiente sobre la condición de irregularidad del penado³¹⁸. Una parte de la doctrina, incluso, considera

³¹⁷ En este sentido por todos *vid.*; RODRIGUEZ CANDELA (1998: 60), FGE (2001: 16) ASÚA BATARRITA (2011: 1011ss); ASÚA BATARRITA (2002: 26ss, 54ss); FLORES MENDOZA (2002: 108); LÓPEZ MUÑOZ (2003: 576) DE LA ROSA CORTINA (2004: 1); MUÑOZ LORENTE (2004: 405), LAURENZO COPELLO (2004: 30); CANCIO MELIÁ Y MARAVER GÓMEZ (2005: 395); CANCIO MELIÁ Y MARAVER GÓMEZ (2006: 96); MONCLÚS MASO (2008: 525); BRANDARIZ GARCÍA (2011: 174); TORRES FERNÁNDEZ (2012: 70); MUÑOZ RUIZ (2014: 12), entre otros.

³¹⁸ *Vid.* BAUCCELLS i LLADÓS (2005: 60); FERNÁNDEZ TERUELO (2007: 236), GARCÍA DEL BLANCO (2006: 71), BRANDARIZ GARCÍA (2011: 2019).

que la medida de expulsión penal debería ser eliminada del Código Penal o como mínimo restringida a unos pocos supuestos³¹⁹

2.2. El Principio de *non bis in ídem*³²⁰.

La construcción del régimen jurídico de la expulsión penal en torno a la situación administrativa del extranjero condenado tiene como consecuencia, como ha sido puesto de manifiesto por la mayoría de la doctrina³²¹, fricciones con el principio de *non bis in ídem*.

Como estableció el TC en su Sentencia 2/1981, de 30 de marzo, el principio *non bis in ídem* supone:

‘que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración [...] que justificase el ejercicio del ‘*ius puniendi*’ por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración’.

Por tanto, ‘la garantía de no ser sometido a *bis in ídem* [...] impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento’ (STS 806/2007, de 18 de octubre)³²²

Este principio garantiza la no imposición de una respuesta punitiva desproporcionada del Estado, materializando una sanción no prevista legalmente (STS 487/2007, de 29 de mayo). Pero el mismo TC admite la posibilidad de la doble sanción, penal y administrativa, cuando ‘esté justificado el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora por la Administración’ (SSTC 2/1981, de 30 de marzo).

³¹⁹ En este sentido véase NAVARRO CARDOSO (2006a: 159), MONCLÚS MASÓ (2008: 503); BRANDARIZ GARCÍA (2011: 232).

³²⁰ Un análisis más exhaustivo sobre el principio de *non bis in ídem* en ROMÁN PUERTA, 2003.

³²¹ En este sentido *vid.* ASÚA BATARRITA (2002: 38), GARCÍA ESPAÑA (2001: 447), GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (1998: 52), MONCLÚS MASO (2008: 421), NAVARRO CARDOSO (2006a: 166), BRANDARIZ GARCÍA (2011: 220 y ss.), MUÑOZ RUIZ (2014: 13-14).

³²² En esta misma línea *vid.* SSTC 154/1990, de 15 de octubre; 204/1996, de 16 de diciembre; 2/2003, de 16 de enero.

En consonancia con lo que establece la jurisprudencia, si bien este principio garantiza la imposibilidad de imponer al mismo extranjero dos consecuencias de diferente naturaleza –penal y administrativa- por un mismo hecho cometido, sí plantea la posibilidad de la imposición de una doble sanción –penal y administrativa- si hay justificación tanto de la imposición de la pena como de la sanción administrativa (Román Puerta 2003: 43; Salvador Concepción 2012: 8).

Sobre la decisión jurisprudencial anterior, la doctrina pone de manifiesto que ésta posible vulneración del principio de *non bis in ídem* se manifiesta principalmente en dos supuestos. En primer lugar, la tensión con este principio se observa atendiendo a la sustitución parcial del art. 89.5 del CP. Como se recoge en el precepto, esta modalidad establece que el extranjero en situación de irregularidad ha de cumplir una parte de la condena en un centro penitenciario, para posteriormente –al acceder al tercer grado, o al haber cumplido las tres cuartas partes de la condena- ejecutar la expulsión del territorio nacional.

El cumplimiento ‘normalizado’ de una pena privativa de libertad, conduciría, una vez cumplida una parte de la condena, a los regímenes de semi-libertad y libertad condicional, pero el régimen jurídico del art. 89 CP imposibilita el cumplimiento en los términos establecidos para los condenados a penas de privación de libertad, únicamente por la situación administrativa del condenado. Esta duplicidad de sanciones, por la comisión de un solo hecho delictivo genera, según algunos autores³²³, una vulneración del principio de *non bis in ídem*, al dar lugar a un doble expediente sancionador.

El doble castigo contemplado en el art. 89.5 CP, se agrava con la extensión del plazo de no regreso, que se ha de establecer como medida accesoria a la ejecución de la expulsión penal. Esta duplicidad de sanciones, junto con el establecimiento de un plazo de no regreso, no sólo estaría vulnerando el principio de *non bis in ídem*, sino que también, otros principios del ordenamiento jurídico penal se podrían ver afectados, como es el caso del principio de proporcionalidad.

³²³ En este sentido *vid.* MONCLUS MASO (2008: 436ss), NAVARRO CARDOSO (2006a: 165ss); BRANDARIZ GARCÍA (2011: 221), MUÑOZ RUIZ (2014: 13-14), entre otros. En esta misma línea la STC 242/1994, de 27 de julio.

Si esta prohibición de no regreso puede considerarse como sustitutivo de la pena privativa de libertad en el supuesto del art. 89.1CP, en la modalidad de sustitución parcial, lo que genera es una ‘triple’ sanción, ya que se suma al cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes de la pena privado de libertad, la sustitución de la condena restante por la expulsión del territorio y los años de no regreso que, como mínimo, serán cinco.

Un segundo punto de tensión entre la expulsión penal y el principio de *non bis in ídem* tiene que ver con la relación entre la expulsión penal y la expulsión administrativa. En este sentido, hay un cierto consenso por parte de la doctrina y la jurisprudencia³²⁴ al entender que no existe una vulneración del principio de *non bis in ídem*, ya que el fundamento de la expulsión penal es distinto del fundamento de la expulsión administrativa. Así, en el caso de la medida administrativa, el fundamento es la situación de irregularidad, mientras que en el de la expulsión penal, el fundamento es la protección del bien jurídico afectado.

Cuestión diferente es, atendiendo a lo establecido en el art. 57.2 de la LOEx³²⁵, si es la responsabilidad penal la que genera posteriormente la sanción administrativa³²⁶, lo que ha llevado a algún autor a plantear la derogación del art. 57.2 de la LOEx, ‘en la medida en que los simples antecedentes de una responsabilidad penal ya extinguida, no deberían bastar para imponer una sanción tan severa como la expulsión, más aún cuando es post-penitenciaria’ (Brandáriz García 2011: 222).

2.3. El principio de proporcionalidad.

La CE no recoge explícitamente en su texto el principio de proporcionalidad. Pero esta circunstancia no pone en duda su vigencia en el sistema jurídico penal, tanto por la

³²⁴Véase en este sentido, DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO (2007: 662), NAVARRO CARDOSO (2006a: 166 y ss) BRANDARIZ GARCÍA (2011: 221). También *vid.* SSTC 2/1981, de 30 de enero; 48/2007, de 12 de marzo; SSTS 1207/2004, de 11 de octubre; 225/ 2005, de 24 de febrero; 487/2007, de 29 de mayo; 806/2007, de 18 de octubre.

³²⁵ Art. 57.2 de la LOEx: ‘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’.

³²⁶ *Vid.*, en este sentido, ASÚA BATARRITA (2002:38); BAUCCELLS I LLADORS (2005: 60); MONCLÚS MASO (2008: 422); NAVARRO CARDOSO (2006a: 166 ss.), CERVELLO DONDERIS (2006: 283); BRANDÁRIZ GARCÍA (2011: 221). En sentido contrario la STC 236/2007, de 7 de septiembre.

jurisprudencia³²⁷, como por la normativa europea³²⁸, en su doble vertiente: frente al poder legislativo a la hora de establecer los delitos y las penas, y frente al juzgador a la hora de determinar la consecuencia jurídico penal, proyectándose el principio sobre dos ámbitos: el grado de culpabilidad del sujeto, y la gravedad del hecho.

La conceptualización de la medida de expulsión de extranjeros como consecuencia jurídica penal, ha supuesto de manifiesto la existencia de ciertas fricciones con el principio de proporcionalidad. Este principio, como ha ido poniendo de relieve la jurisprudencia y la doctrina³²⁹, puede quedar afectado en los siguientes supuestos: En primer lugar, en la sustitución de las penas de localización permanente y RPSPIM -no de prisión- por tratarse de penas privativas de libertad de corta duración³³⁰. En segundo lugar, en penas de prisión de corta duración impuestas por la comisión de delitos menos graves.

En tercer lugar, en la sustitución al acceder al 3º grado penitenciario o la libertad condicional (art. 89.5 del CP), por el hecho de tener que haber cumplido una parte de la pena privativa de libertad³³¹. En este supuesto, la aplicación de la expulsión penal, sería

³²⁷ En este sentido *vid.* SSTs 827/2010, de 30 de septiembre, 884/2011, de 22 de julio; STC 13671999, de 20 de julio.

³²⁸ Art. 49. 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

³²⁹ En este sentido *vid.* STC 145/2006, de 8 de mayo; FGE (2006: 9) FGE (2011: 88); COMAS D'ARGEMIR *et. Al* (2012: 6-11); TORRES FERNÁNDEZ (2012: 222); MUÑOZ RUIZ (2014: 13ss).

³³⁰ La localización permanente está conceptualizada en el ordenamiento penal, como una pena menos grave con una duración de 3 meses y 1 día a 6 meses (art. 33.3 l) del CP), o leve, de 1 día a 3 meses (art. 33.4.g) del CP). La RPSPIM regulada en el art. 53 del CP, con una duración máxima de 1 año.

Para un análisis más exhaustivo *vid.* 3.4 a) Penas susceptibles de la aplicación de la expulsión del Capítulo I del presente trabajo. Págs. 42ss.

³³¹ Supuesto que no ha de confundirse con otra medida de excarcelación contemplada en la normativa, es decir, el cumplimiento de la libertad en el país de origen, pese a que ambas figuras obligan a que el recluso tenga cumplidas las $\frac{3}{4}$ partes de la condena.

Medida contemplada en el art. 197 del RP : '1.En el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna.

2. Con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el artículo 89 del Código Penal, con antelación suficiente, se comunicarán al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en el que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas'.

una medida acumulativa, y no una sustitutiva (Corcoy Bidasolo y Mir Puig 2011: 229; Comas d'Argemir *et. al.* 2012: 8).

En cuarto lugar, si se produce la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión, cuando el extranjero haya estado en prisión provisional durante un largo periodo de tiempo. Sobre este aspecto, la STC 145/2006, de 8 de mayo, añade, que la imposición de la expulsión penal, una vez cumplida una parte importante de la pena privativa de libertad, supone incrementar la pena, pudiéndose, además del principio de proporcionalidad, estar vulnerando el principio de *non bis in ídem*.

A todo esto hay que añadir la duración del tiempo de no regreso, que va asociada con la sustitución de la pena por la expulsión del territorio. Por lo que si bien ya se plantea la desproporcionalidad de la medida con respecto a la sustitución de la pena, a ello se ha de añadir un periodo de no regreso que oscilará entre los 5 y 10 años, durante los cuales el extranjero no podrá regresar, ni al territorio nacional, ni a cualquier estado del espacio Shengen.

Las fricciones de la medida de expulsión penal con el principio de proporcionalidad se pueden observar también en relación con el apartado 6º del art. 89 CP, que regula la posibilidad de aplicar la suspensión o sustitución de la pena originaria, en los casos en que no se haya podido materializar la expulsión del territorio. Esta posibilidad, entró nuevamente a formar parte del art. 89 del CP, tras la reforma operada por la LO 5/2010, recogiendo el criterio establecido por la FGE (2006: 35-36), al considerarse insostenible que el penado no tuviera la posibilidad de suspensión o sustitución en penas cortas de prisión³³².

Si bien era necesario contemplar estas alternativas para el caso de extranjeros en situación de irregularidad condenados a penas privativas de libertad, la inclusión de

³³² En este mismo sentido *vid.* SSTS 853/2010, de 15 de octubre; 949/2009, de 28 de septiembre, que establece: 'No cabe duda que la aplicación de los dos primeros párrafos del art. 89 del CP a partir de la reforma de la Ley Orgánica 11/2003 ha evidenciado su difícil compatibilidad con los fines del ordenamiento jurídico penal y ha obligado a seguir diferentes criterios interpretativos dependiendo de la cuantía de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia. Y así, en lo que respecta a la ejecución de las penas de prisión inferiores a dos años, al hallarnos en un tramo donde el texto legal prioriza la reinserción del penado a través de la suspensión de la condena y de los sustitutivos penales, ha sido preciso individualizar el entorno personal y social del extranjero para ajustar la aplicación del art. 89 a las exigencias del principio de proporcionalidad'.

estas posibilidades supone, al mismo tiempo, una confrontación con los principios de igualdad y proporcionalidad, ya que el mismo delito, puede llevar aparejada una consecuencia jurídica muy diferente para el extranjero al que no se le haya podido materializar la expulsión y para el extranjero al que sí.

En este sentido, la jurisprudencia del TC y TS con el fin de garantizar, entre otros, el principio de proporcionalidad ha reiterado la necesidad de ponderar la situación personal e individualizada del extranjero condenado, suavizando la literalidad de la norma y estableciendo importantes excepciones a su aplicación (Comas d'Argemir *et al.* 2012: 8).³³³

La nueva redacción del art. 89 CP tras la reforma operada por la LO 1/2015, establece en su art. 89.4, párrafo primero 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'. El legislador ha acertado al incluir en el texto del precepto que para que la expulsión sea proporcionada se han de tener en cuenta las circunstancias personales y las del hecho. La modificación va en consonancia con lo establecido por la jurisprudencia del TS y TC³³⁴ y el TEDH³³⁵.

2.4. El principio de contradicción: la previa audiencia del acusado³³⁶.

El principio de contradicción es un requisito ineludible del derecho al proceso debido y al derecho de defensa previo a la toma de cualquier decisión que afecte a una pena,

³³³ En este sentido *vid.* SSTS 901/2004, de 8 de julio; 906/2005, de 8 de julio; 166/2007, de 14 de febrero; 6853/2010, de 15 de octubre.

³³⁴ Sobre esta cuestión véase STS 901/2004, de 8 de julio; ATS 1965/2014, de 20 de noviembre; STC 242/1994, de 20 de julio.

³³⁵ Sobre las decisiones del TEDH respecto del art. 8 CEDH *vid.* Asunto MOUSTAQUIM contra BÉLGICA (STEDH de 18 de febrero de 1991), Asunto BOUJLIFA contra FRANCIA (STEDH 21 de octubre de 1997); Asunto BOUCHELKIA contra FRANCIA (STEDH 29 de enero de 1997) Asunto BENSAID contra REINO UNIDO (STEDH de 6 de febrero de 2001); Asunto BOULTIF contra SUIZA (STEDH de 2 de agosto de 2001), Asunto SEN contra HOLANDA (STEDH de 21 de diciembre de 2001); Asunto MASLOV contra AUSTRIA (STEDH 22 de marzo de 2007); Asunto SOUZA RIBEIRO contra FRANCIA. (STEDH de 13 de diciembre de 2012), entre otras.

Para un análisis más exhaustivo sobre la jurisprudencia del TEDH en la aplicación del art. 8 CEDH véase. BOZA MARTÍNEZ (2006: 25-39), BOZA MARTÍNEZ (2014: 237-249), entre otras.

Para un análisis más exhaustivo véase apartado 4. 'La expulsión penal desde la perspectiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Estrasburgo' del presente Capítulo. Págs. 204ss.

³³⁶ Un análisis más exhaustivo en NIETO MARTÍN, 2001.

medida de seguridad, o medidas sustitutivas de la pena de prisión³³⁷. Anteriormente, a la reforma de la LO 5/2010, el art. 89 CP no mencionaba en su articulado la previa audiencia del penado para resolver sobre la sustitución por expulsión del territorio. Esto fue solventado por la conocida STS 901/2004, de 8 de julio que estableció:

‘para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de los 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 del penado y la motivación de la decisión. Por ello, habrá que 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’

A esta resolución le siguieron otras muchas consolidando una línea jurisprudencial dirigida a asegurar el principio de individualización judicial de las penas³³⁸. Tras la reforma operada por la LO 5/2010, se vuelve a introducir en el precepto el trámite de previa audiencia del penado de la siguiente forma: ‘salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las más partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España’ (art. 89.1 del CP).’

De la literalidad del artículo podría entenderse que el órgano judicial debe acordar la sustitución por la expulsión, y sólo si se considerara que existen razones para el cumplimiento en un centro penitenciario español, se oirá al penado y a las demás partes. Pero esta interpretación no sería garantía del derecho del penado a que se valoren las diversas razones que puedan concurrir para excepcionar la aplicación de la

³³⁷ Sobre la obligación de la previa audiencia del penado *vid.* FGE (2011: 101ss.); COMAS D’ARGEMIR *et. al.* (2012: 11ss.) En este mismo sentido *véase* SSTS 901/2004, de 8 de julio; 710/2005, de 7 de junio; 906/2005, de 8 de julio; 274/2006, de 3 de marzo; 832/2006, de 24 de julio; 35/2007, de 25 de enero; 682/2007, de 18 de julio; 125/2008, de 20 de febrero, entre otras.

³³⁸ Entre otras *vid.* SSTS 906/2005, de 8 de julio; 832/2006, de 24 de julio; 35/2007, de 25 de enero; 125/2008, de 20 de febrero; 25/2011, de 1 de febrero.

expulsión, y por tanto ‘conculcaría su derecho a la tutela judicial efectiva en el aspecto del derecho a obtener una resolución fundada en derecho’ FGE (2011: 101).

Sobre esta cuestión, el TS ha establecido que para tomar la decisión sustitutoria ha de garantizarse la existencia de un espacio contradictorio, tanto sobre la sustitución por la expulsión, tanto para el cumplimiento de la pena originaria (Paz Rubio 2003: 162). Este espacio contradictorio, no sólo implica que el extranjero preste declaración en el juicio o que se le conceda la última palabra³³⁹, sino que, además, es necesario que se habilite un espacio de contradicción, para que el acusado y su defensa puedan realizar las alegaciones que consideren pertinentes³⁴⁰. Este requisito se cumple independientemente de que el extranjero y la defensa hayan hecho uso de él, ‘pues no puede quedar condicionado a estrategias procesales o al arbitrio de las partes’ (FGE 2001: 101).

En este sentido, para que el proceso tenga todas las garantías, es necesario que el Ministerio Fiscal solicite la sustitución de la expulsión penal de tal manera que le permita al extranjero y a su defensa ejercitar su derecho a un debate contradictorio sobre la expulsión peticionada³⁴¹. Por último, en el supuesto que el extranjero no asistiera a la celebración del juicio oral, la previa audiencia se realizará posteriormente en auto motivado (segundo párrafo art.89.1 del CP)³⁴², evitando así la falta de audiencia o la limitación de los principios de contradicción y defensa (Comas d’Argemir *et. al.* 2012: 13). En síntesis, la doctrina marcada por el TS establece que para acordar la expulsión sustitutiva hay que garantizar tres cuestiones fundamentales: a) debate contradictorio, b) resolución motivada y, c) previa audiencia del acusado³⁴³.

³³⁹ En este sentido véase SSTTS 901/2004, de 8 de julio; 906/2005, de 8 de julio; 710/2005, de 7 de junio; 832/2006, de 24 de julio; 35/2007, de 25 de enero; 682/2007, de 18 de julio; 125/2008, de 20 de febrero; 25/2011, de 1 de febrero.

³⁴⁰ Entre otras *vid.* SSTTS 710/2005, de 7 de junio; 601/2006, de 31 de mayo; 832/2006, 24 de julio; 1099/2006, de 13 de noviembre; 1177/2006, de 1 de diciembre; 35/2007, de 25 de enero; 682/2007, de 18 de julio; 125/2008, de 20 de febrero; 648/2009, de 23 de junio; 1027/2009, de 22 de octubre; 1216/2009, de 3 de diciembre; 439/2010, 12 de mayo; 791/2010, de 28 de septiembre.

³⁴¹ SSTTS 648/2009, de 23 de junio; 439/2010, de 12 de mayo; 1016/2010, de 24 de noviembre.

³⁴² Antes de la reforma operada por la LO 5/2010, la sustitución de la pena privativa de libertad, debía realizarse necesariamente en sentencia, pudiéndose generar una situación de indefensión, por ausencia del debate contradictorio (STC 110/2009, de 11 de mayo)

³⁴³ En este sentido *vid.* SSTTS 710/2005, de 7 de junio; 1027/2009, de 22 de octubre; 588/2012, de 29 de junio; entre otras. También véase. SSTC 203/1997, de 25 de noviembre; 242/1994, de 20 de julio.

La nueva reforma del art. 89 CP operada por la LO 1/2015, elimina del procedimiento de aplicación de la expulsión sustitutoria dos cuestiones intrínsecamente relacionadas con el principio de contradicción³⁴⁴. La primera de ellas hace referencia al momento procesal en que se ha de resolver sobre la sustitución de la pena de prisión por la expulsión penal. En este sentido se elimina la posibilidad de acordar esta medida en auto posterior. En este sentido, la norma obliga al Juez o Tribunal a resolver en sentencia, y sólo cuando no haya sido posible, podrá realizarse en fase de ejecución.

La segunda novedad procesal que establece la reforma operada por la LO 1/2015 respecto del art. 89 del CP es que no contempla el trámite de previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas en primera instancia, es decir, en fase de sentencia. Estableciendo el legislador la posibilidad de este derecho si la resolución sobre la expulsión se hubiera de resolver en ejecución de sentencia.

La nueva redacción del art. 89 CP sobre estos dos aspectos del procedimiento, configuran una redacción similar a la que tenía el precepto tras la reforma operada por la LO 11/2003. Estas dos cuestiones, que fueron muy criticadas por la doctrina³⁴⁵, ya fueron solventadas por la jurisprudencia del TS y el TC³⁴⁶. Por ello, parece poco acertado por parte del legislador retrotraerse, con esta nueva redacción del artículo, a configuraciones del precepto ya superadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Pero además considero, sin sentido aparente. Si la nueva redacción del art. 89 del CP está fundamentada en ‘la necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito’, ésta no es ni causa ni justificación suficiente para vulnerar principios del proceso o derechos fundamentales del extranjero, más teniendo en cuenta que eliminar estas garantías del

³⁴⁴ Tras la reforma operada por la LO 1/2015, el art. 89.3 del CP establece: ‘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’.

³⁴⁵ Sobre las críticas a la redacción del art. 89 del CP tras la reforma operada por la LO 11/2003 véase FGE (2011:101ss); COMAS D’ARGEMIR (2012: 11ss) .Sobre las críticas a la nueva reforma del art. 89 del CP por la LO 1/2015 *vid.* MUÑOZ RUIZ (2014: 13), CANO CUENCA (2015: 349).

³⁴⁶ En este sentido, SSTC 203/1997, de 25 de noviembre; 242/1994, de 20 de julio, entre otras. SSTS 901/2004, de 8 de julio; 710/2005, de 7 de junio, entre otras.

precepto no va a producir que se eliminen del proceso de resolución, ya que se entienden vigentes por la CE y la jurisprudencia del TC y TS.

3 La expulsión penal y los fines de la pena.

Otro aspecto a tratar sobre la expulsión del art. 89 CP es la relativa a la adecuación de la medida a los fines de la pena y del ordenamiento jurídico³⁴⁷. En este sentido, la doctrina ha manifestado que resulta inviable adecuar la expulsión penal al ordenamiento jurídico, destacando en este sentido la falta de adecuación de la medida a los fines preventivo-generales y preventivo-especiales (Brandariz García y Monclús Masó 2015: 92).

Con respecto a la finalidad preventivo-general positiva de la expulsión penal en la modalidad de sustitución íntegra (art. 89.1 CP) cabe decir que el modo en que está configurada puede tener una clara eficacia en la sociedad (Cervello Donderis 2006: 301; Salvador Concepción 2012: 517) ya que el CP da el mensaje que a los extranjeros que hayan cometido un hecho delictivo les espera la expulsión del territorio. Pero esta finalidad puede que no siempre sea eficaz ya que no siempre se puede llevar a cabo la materialización de la medida³⁴⁸. Además, si se tiene en cuenta que la aplicación de esta medida está limitada a un determinado colectivo de la sociedad, y que implica el no cumplimiento de la pena privativa de libertad en la modalidad de sustitución íntegra, se puede transmitir el mensaje de un sistema penal más benigno para los extranjeros irregulares, que para los regulares y los autóctonos.

Con respecto al fin preventivo-general negativo de la expulsión íntegra (art. 89.1 CP) sucede, como en la finalidad anterior, que sí puede que con el art. 89 CP se consiga la finalidad intimidadora a los extranjeros en situación irregular, pero si se tiene en cuenta que el castigo que implica la aplicación del art. 89 del CP por la comisión de un hecho delictivo es idéntico a la sanción por no tener la situación administrativa regularizada, la intimidación perseguida con la expulsión penal podría verse menoscabada. Es más, la

³⁴⁷ Un análisis más exhaustivo sobre los fines de la pena en el ordenamiento español en ÁLVAREZ GARCÍA, 2001.

³⁴⁸ Analizando los datos oficiales, de ámbito estatal y catalán, sobre la aplicación de la expulsión se observa que se producen pocas materializaciones de la medida en relación a las solicitudes y las sentencias que la acuerdan. Para un análisis más exhaustivo *vid.* Apartado 1.Marco teórico de la investigación del Capítulo II. Págs.91ss. También véase CANCIO MELIA Y MARAVER GÓMEZ (2006: 98-99); GARCÍA ESPAÑA Y DÍEZ RIPOLLÉS (2012: 204 ss.).

posibilidad de materialización de la medida de expulsión pasa necesariamente por la aceptación del consulado del país receptor y dependiendo del país y de la documentación del extranjero existe la posibilidad de no poder ser finalmente expulsados. Por tanto, el mensaje que se puede estar transmitiendo no es directamente intimidatorio, sino más bien justo lo contrario.

Analizando la finalidad preventivo-general de la modalidad de sustitución parcial (art. 89.5 CP) a diferencia de lo que puede suceder en la modalidad del art. 89.1 CP, sí cumple con los fines tanto de prevención general positiva como negativa ya que la sustitución en todo caso será aplicada una vez el extranjero haya cumplido un periodo de la condena, implicando no solo una privación de libertad, no necesariamente breve, sino una posterior expulsión y prohibición de regreso.

Atendiendo a la finalidad preventivo-especial positiva existe un acuerdo mayoritario de la doctrina³⁴⁹ y la jurisprudencia en el sentido que la expulsión del art. 89 CP carece de la perspectiva resocializadora y esta circunstancia es observable en varios planos de la configuración de la medida. En primer lugar, la sustitución de la pena privativa de libertad contemplada en el art. 89 CP ha sido diseñada como la regla general para los extranjeros condenados irregulares. Este carácter imperativo implica en ambas modalidades que no se tengan en cuenta las posibilidades de reinserción del extranjero, lo que conlleva que prevalezca, en el momento de acordar la expulsión penal, la situación administrativa en vez del mandato constitucional de orientación de las penas hacia la reinserción (Monclús Masó 2008: 432) aplicándose en algunos supuestos la sustitución aunque las circunstancias del penado desaconsejen la aplicación de esta medida³⁵⁰.

En segundo lugar, otro aspecto del precepto donde se pone de manifiesto esta no orientación hacia la reinserción se da en el supuesto contemplado en el párrafo 2º del art. 89.6 CP que establece que en el caso en que la expulsión no pudiera llevarse a cabo se permite valorar la suspensión de la ejecución o la sustitución de la pena privativa de

³⁴⁹ En este sentido *vid.* ASÚA BATARRITA (2002: 20ss.); NAVARRO VILLANUEVA (2002: 212); BAUCCELLS I LLADÓS (2007: 281, 287); SALVADOR CONCEPCIÓN (2012: 10). También véase el ATC 106/1997, de 17 de abril y STC 24/2000, de 31 de enero.

³⁵⁰ Por ejemplo, por el hecho de que la familia resida en España, o porque el extranjero tenga menos arraigo en su país de origen.

libertad³⁵¹. Por tanto, solamente se podrán aplicar las penas alternativas cuando la expulsión anteriormente acordada no ha podido ser llevada a cabo. De esta manera, el legislador no permite que se puedan aplicar las medidas alternativas si antes no se ha procedido a imponer la expulsión, lo que nos lleva, igual que en el caso anterior, a cuestionar esta orientación rehabilitadora de las penas porque puede que en determinados casos sea más aconsejable para el extranjero la aplicación de una pena alternativa.

De igual modo, atendiendo al primer párrafo del art. 89.6 del CP, que establece que en el caso de acordarse la expulsión, el penado no haya quedado efectivamente privado de libertad se podrá acordar el ingreso en CIE. Esta regulación tiene como finalidad asegurar la efectiva materialización de la expulsión, y no la reinserción del extranjero. Lo que considero apoya la tesis de que la inclusión de la expulsión en el ordenamiento penal atiende a cuestiones de política migratoria por encima de cuestiones de política penal.

Además, ya no es sólo que la configuración del precepto no cumpla con finalidades propias del Derecho penal, sino que el hecho de que la expulsión sustitutiva sea la respuesta principal para el colectivo de extranjeros en situación irregular que ha sido condenado, supone que en el supuesto de modalidad parcial –art. 89.5 del CP- la parte de la condena que se cumple privado de libertad carezca de determinados instrumentos del tratamiento individualizado del penado -permisos de salida, posibilidad de acceder al tercer grado o la libertad condicional-³⁵². En estos casos es inviable que el cumplimiento de la pena cumpla con requisitos resocializadores. Es más, considero que otro instrumento del sistema penal se pone al servicio del derecho administrativo para el control de fronteras: el sistema penitenciario.

³⁵¹ Los supuestos de aplicación de la suspensión y la sustitución del art. 88 del CP fueron introducidos tras la reforma de la LO 5/2010, anteriormente y durante la vigencia de la LO 11/2003 esta posibilidad no existía, no pudiéndose en el supuesto que no se pudiera materializar la expulsión suspender o sustituir la pena privativa de libertad, abocando al extranjero a un cumplimiento íntegro de la condena.

³⁵² La normativa regula la posibilidad de trabajar en talleres productivos a los extranjeros cumplimiento pena privativa de libertad. En estos casos, si las condiciones económicas, sociales y laborales lo aconsejan, se les podrá otorgar un permiso de trabajo. Respecto de los internos en situación de irregularidad, si bien la normativa les da esta posibilidad en la práctica es difícilmente llevada a cabo por la imposibilidad de poder acceder a grados de semi- libertad o libertad condicional. En este sentido véase FERNÁNDEZ ARTIACH, 2006; ORTIZ GONZALEZ, 2009.

De hecho el art. 197.2 RP establece ‘Con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el artículo 89 del CP, con antelación suficiente, se comunicarán al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas’. Y el art. 26 del mismo reglamento insta al Director del establecimiento penitenciario a comunicar a la autoridad gubernativa con una antelación de 3 meses la fecha de libertad definitiva del penado para poder llevar a cabo la expulsión administrativa una vez se haya procedido al cumplimiento de la condena.

El contenido de la expulsión del art. 89 CP no tiene en cuenta ni las posibilidades ni las necesidades de reinserción del extranjero ni los riesgos para bienes jurídicos básicos del extranjero, y esto es consecuencia de que la medida de expulsión ha sido construida en torno a la idea de exclusión (Navarro Cardoso 2006a: 161) tanto de la sociedad como del territorio.

Con respecto a la orientación preventivo- especial negativa de las penas, a diferencia de lo que sucede con la finalidad preventivo-especial positiva, la expulsión penal sí que es una medida idónea para incapacitar al extranjero por lo menos cara a la comisión de futuros delitos en territorio Schengen. La cuestión es si es constitucional que la medida cumpla solamente la finalidad incapacitadora desatendiendo la orientación rehabilitadora.

4. La expulsión penal desde la perspectiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Estrasburgo³⁵³.

El art. 1 del CEDH establece:

‘Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio’.

Este precepto reconoce³⁵⁴, por tanto, los derechos a ‘toda persona’ que se halle bajo su jurisdicción tengan o no la nacionalidad, además de prohibir que ‘nadie’ padezca determinadas vejaciones (Freixes San Juan 1995: 112).

Con respecto a los no nacionales de los Estados parte, el TEDH considera que las cuestiones relativas a la política migratoria dependen de los países firmantes, siendo éstos los encargados de controlar la entrada y residencia de los ciudadanos extranjeros. Además, es también doctrina del TEDH reconocer que en el CEDH no están garantizados los derechos de entrada y permanencia en un país determinado de los no nacionales, así como, de no ser expulsados o extraditados³⁵⁵. De hecho, la única referencia a los extranjeros que aparece en la Convención se encuentra en el art. 16, que autoriza que puedan imponerse restricciones a su actividad política³⁵⁶.

³⁵³ Para un análisis más exhaustivo sobre los derechos de los extranjeros y la jurisprudencia del TEDH véase FREIXES SAN JUÁN (1995: 97 -115); CHUECA SANCHO (1998); FREIXES SAN JUÁN y REMOTTI CARBONELL (1998: 103-141); CHUECA SANCHO (2002a: 233-256); MARTÍN PALLÍN, 2003. Sobre el estudio de los Derechos Humanos *vid.* ZUGALDÍA ESPINAR Y ROCA ROCA, 2001.

El texto completo de todas las sentencias del TEDH están accesibles en inglés y francés en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

³⁵⁴ El art. 10.2 de la CE establece: ‘Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España’. Por tanto España ha de cumplir el CEDH en el momento de interpretar los derechos protegidos por la CE o las leyes. En este sentido CHUECA SANCHO (2002b: 239).

³⁵⁵ Por todas. *Vid.* Asunto ABDULAIZ, CABALES, y BALKANDALI contra REINO UNIDO, STEDH de 28 de mayo de 1985.

³⁵⁶ Art. 16 del Convenio: ‘Ninguna de las disposiciones de los art. 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de que se prohíbe a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros’. (El art. 10 del Convenio regula la libertad de expresión e información, el art. 11 del Convenio hace referencia a la libertad de reunión y asociación, y el art. 14 del CEDH a la igualdad y no discriminación).

Partiendo de estas afirmaciones, el TEDH ha logrado crear en materia de control de flujos migratorios, una jurisprudencia garantista que establece determinadas “zonas de seguridad” en las que los extranjeros no pueden ser expulsados de un Estado parte (Boza Martínez 2006: 27). En este sentido, ha realizado una interpretación amplia de los derechos contenidos en el CEDH, ya que por sí mismos, estos artículos no estaban conceptualizados para actuar respecto de la aplicación de la expulsión.³⁵⁷

Las principales cuestiones suscitadas por la expulsión y que han sido interpretadas por el TEDH afectan principalmente a: art. 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes), art. 5 (detención del extranjero para su expulsión), art. 8 (respecto a la vida familiar), art. 13 (derecho a un recurso efectivo), y el art. del Protocolo 4 (prohibición de las expulsiones colectivas).

Respecto a la expulsión como **trato inhumano o degradante**, regulado en el art. 3 del CEDH³⁵⁸, el TEDH³⁵⁹ aplica este artículo para impedir que puedan ser expulsados o extraditados aquellos extranjeros que puedan ser objeto de tratos inhumanos o degradantes en los países de destino.

En torno a la expulsión de extranjeros³⁶⁰, el TEDH ha ido estableciendo una serie de criterios, entre los que destacan: en primer lugar, la violación de este artículo se

³⁵⁷ En este sentido, el TEDH ha configurado la denominada ‘*living interpretation*’, o el término en castellano ‘protección de rebote’ de las previsiones recogidas en el CEDH y sus Protocolos. Esta protección de rebote significa que el Tribunal ha ido adaptando las normas de la Convención, que en principio no estaban concebidas para beneficiar a los extranjeros, a las circunstancias del momento, lo que se ha traducido en una protección de los derechos de los extranjeros en torno a las políticas migratorias de los Estados contratantes.

El término en castellano fue creado por CHUECA SANCHO (1998: 32).

³⁵⁸ El art. 3 del CEDH establece: ‘Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes’.

³⁵⁹ Casos presentados en el TEDH sobre una posible violación del art. 3 del CEDH en relación con la expulsión: Asunto CHACAL contra REINO UNIDO, (STEDH de 15 de noviembre de 1996); Asunto AHMEND contra AUSTRIA (STEDH de 17 de diciembre de 1996); Asunto KALANTARI contra ALEMANIA (STEDH 11 de octubre de 2001); Asunto AL-ADSANI contra REINO UNIDO (STEDH 21 de noviembre de 2001); Asunto K.K.C contra HOLANDA, (STEDH 21 de diciembre de 2001); Asunto HIRSI JAMAA y OTROS contra ITALIA. (STEDH 23 de febrero de 2012); Asunto EL-MASRI contra MACEDONIA (STEDH 13 de diciembre de 2012); Asunto M.E contra FRANCIA (STEDH de 6 de junio de 2013); Asunto A.C y OTROS contra ESPAÑA (STEDH 22 de abril de 2014)

³⁶⁰ El TEDH ha aplicado el art. 3 del CEDH en supuestos de extradición. Con respecto a esta medida, la jurisprudencia del Tribunal ha afirmado que no se puede otorgar la extradición cuando de ella se derive un peligro real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes. En este sentido *vid.* Asunto SOERING contra REINO UNIDO, (STEDH 7 de julio de 1989), Asunto CRUZ VARAS contra SUECIA (STEDH 20 de marzo de 1991).

produciría en el momento de la ejecución real de la expulsión, y no cuando se acordara la decisión de expulsión³⁶¹. En segundo lugar, los Estados no pueden expulsar a una persona, si ésta corre un peligro real de ser sometida a malos tratos en el país receptor tanto por parte de autoridades públicas como por parte de organizaciones criminales, aunque la expulsión estuviera motivada por razones de seguridad nacional³⁶².

En tercer lugar, la jurisprudencia del TEDH ha determinado que las circunstancias que pueden justificar que no se materialice la expulsión han de valorarse con relación a la situación existente en el país receptor en el momento de ejecución de la medida. En cuarto lugar, el Tribunal ha establecido que no se puede expulsar a un ciudadano condenado penalmente, si este tiene una enfermedad terminal, cuando no se pueda asegurar continuar en el país de destino con el tratamiento médico.

El artículo 5 del CEDH³⁶³ regula las circunstancias en que se ha de realizar **la detención del extranjero para su expulsión**³⁶⁴. Sobre el contenido del apartado

³⁶¹ Sobre el instante procesal en que se produce la violación del art. 3 del CEDH *vid.* CHUECA SANCHO (1998: 47-49).

³⁶² El 30 de marzo de 2015 se publica en la prensa, el caso de una extranjera de origen camerunés, que solicita asilo en el aeropuerto Adolfo Suárez- Barajas alegando riesgo para su vida por la imposición en su país de origen de un matrimonio forzoso. Tras el rechazo de protección internacional por parte de la Audiencia Nacional, se recurrió al TEDH que el 27 de marzo acordó como medida cautelar paralizar la expulsión por existir indicios de una posible vulneración del art. 3 del CEDH. Noticia de prensa consultada el 26 de junio de 2015.

Recurso electrónico disponible en: http://www.eldiario.es/desalambre/Tribunal-Estrasburgo-expulsion-Espana-solicitante_0_372013104.html

³⁶³ Art. 5 del CEDH: '1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: a) si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley; c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.; d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación, o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente; e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; 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.

2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser

primero del artículo, el TEDH es muy claro. Este apartado contiene una lista de excepciones al derecho a la libertad de cada ciudadano y es una lista exhaustiva que ha de interpretarse de manera estricta (Chueca Sancho 2002a: 243). Los demás apartados del art. 5 del CEDH regulan las garantías y las condiciones que tienen las personas privadas de libertad, que de igual modo, el Tribunal ha establecido que la interpretación ha de ser taxativa.

De todos los artículos del CEDH que regulan cuestiones importantes y determinantes en torno a la expulsión de extranjeros, el art. 5 del CEDH es jurisprudencialmente el que menos problemas ha dado, estableciendo el TEDH que no precisa de interpretación ninguna (Chueca Sancho 2002a: 243).

En relación a la **protección de la vida privada y familiar de las personas extranjeras**³⁶⁵ (art. 8 del CEDH³⁶⁶) como límite a las expulsiones, el TEDH ha analizado este artículo desde diversas perspectivas sin haber clarificado conceptos y haber establecido unas reglas estables para los supuestos de expulsiones (Boza Martínez 2006: 38). Desde octubre de 2008, el TEDH ha establecido unos criterios sistemáticos para considerar desproporcionada la expulsión de un no nacional en relación con el art.

puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación³⁶⁵.

³⁶⁴ En este sentido *vid.* Asunto CONKA contra BÉLGICA (STEDH de 5 de febrero de 2002); Asunto AL-NASHIF contra BULGARIA (STEDH de 20 de junio de 2002)

³⁶⁵ Asunto MOUSTAQUIM contra BÉLGICA (STEDH de 18 de febrero de 1991), Asunto BOUJLIFA contra FRANCIA (STEDH 21 de octubre de 1997); Asunto BOUCHELKIA contra FRANCIA (STEDH 29 de enero de 1997) Asunto BENSALD contra REINO UNIDO (STEDH de 6 de febrero de 2001); Asunto BOULTIF contra SUIZA (STEDH de 2 de agosto de 2001), Asunto SEN contra HOLANDA (STEDH de 21 de diciembre de 2001); Asunto MASLOV contra AUSTRIA (STEDH 22 de marzo de 2007); Asunto SOUZA RIBEIRO contra FRANCIA. (STEDH de 13 de diciembre de 2012), entre otras.

Para un análisis más exhaustivo sobre la jurisprudencia del TEDH en la aplicación del art. 8 CEDH véase. BOZA MARTÍNEZ (2006: 25-39), BOZA MARTÍNEZ (2014: 237-249)

³⁶⁶ Art. 8 del CEDH: 1. ‘Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás’.

8 del CEDH. Estos cuatro elementos son: el arraigo estable en el país receptor, la falta de vínculos en el país de origen, la gravedad del delito cometido, y el tiempo transcurrido sin delinquir³⁶⁷ (Boza Martínez 2006: 38, Boza Martínez *et al.* 2014: 245).

Así, la existencia de arraigo familiar, o la puesta en peligro de la continuidad de un matrimonio o la convivencia con una pareja son, entre otros, límites que ha considerado el TEDH para que los Estados no expulsen a sus no nacionales. En contraposición, el Tribunal ha considerado que las expulsiones de ciudadanos extranjeros que tienen vínculos con su país de procedencia no violan el art. 8 del CEDH (Freixes San Juan y Remotti Carbonell 1995: 130).

Respecto a este derecho, ‘el problema de fondo consiste en definitiva en admitir el derecho del Estado a expulsar a los extranjeros pero siempre que se respeten los requisitos de legalidad, la legitimidad y la necesidad en una sociedad democrática (Chueca Sancho 2002a: 247). En definitiva, se ha de buscar el equilibrio entre los intereses del Estado y los derechos de los extranjeros³⁶⁸.

El cambio de tendencia del TEDH no sólo se ha visto reflejado en los criterios para considerar desproporcionada la expulsión con respecto al art. 8 del CEDH, sino también ha ampliado el ámbito de aplicación respecto a los recurrentes. Si bien antes del año 2003 la línea jurisprudencial del TEDH antepone razones de orden público cuando se trataba de demandantes de primera generación alegando razones de falta de arraigo en el país, en contraposición con los inmigrantes de segunda generación, ante los que el Tribunal solía mostrarse favorable a la primacía de la vida familiar (Boza Martínez 2006: 39) desde este año, el TEDH cambio su tendencia, observando la

³⁶⁷ Esta línea jurisprudencial del TEDH fue establecida desde octubre de 2006 con el Asunto ÜNER contra HOLANDA (STEDH DE 18 de octubre de 2006). Anteriormente, el Tribunal había sido en su juicio de proporcionalidad poco sistemático, introduciendo elementos que valoraba de forma desigual (BOZA MARTÍNEZ *et. Al* (2014: 245).

Para un análisis más exhaustivo sobre la línea jurisprudencial del TEDH antes de octubre de 2006 véase FREIXES SAN JUÁN (1995: FREIXES SAN JUÁN y REMOTTI CARBONELL (1998:130); CHUECA SANCHO (2002a: 247). También S TEDH: Asunto MOUSTAQUIM contra BÉLGICA (STEDH de 18 de febrero de 1991), Asunto BOUJLIFA contra FRANCIA (STEDH 21 de octubre de 1997); Asunto BOUCHELKIA contra FRANCIA (STEDH 29 de enero de 1997), entre otras.

³⁶⁸ En este sentido *vid.* FREIXES SAN JUÁN (1995: FREIXES SAN JUÁN y REMOTTI CARBONELL (1998:130); CHUECA SANCHO (2002a: 247); BOZA MARTÍNEZ, 2012; SANTOLAYA MACHETTI (2004:99); (2006: 33); BOZA MARTÍNEZ *et. al* (2014: 245)

vulneración del derecho a la vida privada y familiar respecto a expulsiones de extranjeros de primera generación³⁶⁹.

El cuarto artículo relacionado directamente con la expulsión de extranjeros es el art. 13 del CEDH³⁷⁰, relativo al **derecho a un recurso efectivo**³⁷¹. Respecto de este derecho, el TEDH considera que la efectividad del art. 13 del CEDH implica que se pueda impedir ejecutar medidas contrarias al Convenio. En este sentido el TEDH marca unos parámetros que han de tener los recursos que ofrezcan los Estados para que sea efectivo el derecho del art. 13 del CEDH.

Si bien los Estados gozan de un cierto margen, los recursos han de cumplir los siguientes criterios: en primer lugar, el recurso no puede ser meramente teórico, es decir, debe estar disponible tanto en derecho como en la práctica; en segundo lugar, no ha de ser necesariamente un recurso por vía judicial, aunque la autoridad que resuelva sí tiene que tener capacidad jurídica para decidir; en tercer lugar, los argumentos que exponga el demandante han de valorarse, y se ha de decidir antes de que se adopten medidas irreversibles, que en el caso de la expulsión, es que se produzca la resolución antes de la ejecución de la medida penal³⁷².

Finalmente, el art. 4 del Protocolo adicional nº 4³⁷³ regula la **prohibición de las expulsiones colectivas**³⁷⁴. La prohibición de las expulsiones colectivas se fundamenta

³⁶⁹ En este sentido *vid.* Asunto JAKUPOVIC contra AUSTRIA (STEDH 6 de mayo de 2003); Asunto RADOVANOVIC contra AUSTRIA (STEDH 22 de julio de 2004).

³⁷⁰ Art. 13 del CEDH: ‘Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales’.

³⁷¹ En este sentido véase Asunto CONKA contra BÉLGICA (STEDH de 5 de febrero de 2002); Asunto AL-NASIF contra BULGARIA (STEDH de 20 de junio de 2002); Asunto SOUZA RIBEIRO contra FRANCIA. (STEDH de 13 de diciembre de 2012); Asunto A.C y OTROS contra ESPAÑA (STEDH de 22 de abril de 2014).

³⁷² La STEDH de 22 de abril de 2014 (Asunto A.C y OTROS contra ESPAÑA) condena a España por vulnerar el art. 13 del CEDH por ordenar la expulsión de 30 saharauis sin haber concluido el examen de sus demandas de asilo por la vía jurídica interna. En este sentido en el párrafo 94 establece el Tribunal: ‘la excepción del gobierno según la cual los demandantes no han agotado las vías de recurso internos debe ser rechazada. El TEDH recuerda al respecto que cuando un individuo se queja de manera defendible de que su devolución le expondría a un trato contrario al artículo 3 del Convenio, los recursos sin efecto suspensivo no pueden ser considerados como efectivos en el sentido del artículo 35 § 1 del Convenio’.

³⁷³ Art. 4 del Protocolo 4: ‘Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros’.

en dos principios fundamentales: la prohibición de discriminar y la prohibición de la arbitrariedad. En este sentido el TEDH entiende que para que no se vulneren estos principios las decisiones que se adopten han de tener una ‘justificación objetiva y razonable’, han de perseguir un ‘fin legítimo’ y ha de existir una relación de proporcionalidad entre ‘los medios empleados y los fines perseguidos’ (Chueca Sancho 2002c: 20).

Sobre esta cuestión, el TEDH³⁷⁵ entiende por expulsión colectiva:

‘toda medida que obligue a los extranjeros, en cuanto a grupo, a abandonar un país, salvo que en el caso de que tal medida haya sido adoptada al final de y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo [...]. Pero ello no significa que, en los casos en los que se haya cumplido esta última condición, las circunstancias que rodean la aplicación de la decisión de expulsión no jueguen ningún papel en la apreciación del respeto del art. 4 del Protocolo 4’ (párrafo 59)³⁷⁶.

Del concepto dado por el TEDH se deduce que la expulsión colectiva afecta a los extranjeros, independientemente de su situación administrativa; que pierde el carácter colectivo si se ha realizado previamente un examen razonado y objetivo de las circunstancias de cada caso concreto, teniendo que dar lugar, también, a una decisión motivada y razonable (Chueca Sancho 2002c: 32).

Por último, es importante diferenciar entre las expulsiones colectivas que violan el art. 4 del Protocolo adicional nº 4, de las expulsiones, que por razones de economía o eficacia, el Estado realiza de manera conjunta, es decir, que utilicen un solo medio de transporte para el traslado de un grupo de extranjeros con una medida de expulsión. Lo fundamental para que no se produzca una violación del art. 4 es que exista un examen previo, individualizado y objetivo de las circunstancias de cada caso.

³⁷⁴ Para un análisis más exhaustivo sobre el art. 4 del Protocolo 4 véase. CHUECA SANCHO (2002c). En este sentido la STEDH 5 de febrero de 2002 (Asunto CONKA contra BÉLGICA).

³⁷⁵ En este sentido *vid.* el Asunto ANDRIC contra SUECIA (STEDH de 29 de febrero de 1999), Asunto CONKA contra BÉLGICA (STEDH de 5 de febrero de 2002).

³⁷⁶ STEDH de 5 de febrero de 2002 (Asunto CONKA contra BÉLGICA).

5. La aplicación de la expulsión: ¿se solventan o se confirman los problemas penales y procedimentales?

En la primera parte del presente capítulo se han expuesto los problemas que plantea la expulsión en el ámbito teórico del derecho penal y procesal, así como diversas cuestiones que plantea su aplicación.

En el presente apartado se pretende, partiendo de los datos obtenidos en la investigación, averiguar si alguna o algunas de las cuestiones planteadas hasta el momento surgen también en la práctica, y además, si en tal caso los problemas se agravan o bien se solventan a lo largo del procedimiento de aplicación de la expulsión sustitutiva.

La premisa de partida en relación con la expulsión como medida sustitutiva de la pena es que ésta genera un modelo penal diferenciado, lo que conlleva que en ocasiones la sustitución de la pena por la expulsión puede resultar más perjudicial para el extranjero, y en otras ocasiones, más beneficiosa.

Aclarada esta cuestión, los resultados de la investigación han mostrado que este doble sistema se mantiene también entre el mismo colectivo objeto de aplicación del art. 89 del CP. Estas desigualdades son generadas en primer lugar, por las decisiones y prácticas de los órganos judiciales respecto al acuerdo de la medida y en segundo lugar, porque la materialización final de la medida no depende única y exclusivamente del estado español.

Centrando la atención respecto en las decisiones judiciales, se constatan principalmente tres circunstancias que se traducen en una diferencia de trato entre los extranjeros a los que les es de aplicación la medida del art. 89 del CP.

La primera hace referencia a la incoherencia a la hora de determinar el plazo de prohibición de regreso. La segunda es relativa a los días de ingreso en centro penitenciario para proceder a la expulsión. Y, finalmente, la tercera, es la no contabilización de los días de ingreso en CIE en la liquidación de condena en los supuestos que no se ha procedido a materializar la expulsión.

Los resultados de la investigación muestran falta de coherencia y de motivación a la hora de determinar los años de no regreso, respecto del tipo de delito cometido y la duración de la condena³⁷⁷. Así, hay casos en los que se ha establecido el plazo máximo de prohibición³⁷⁸ respecto de condenas de corta duración, y en otros supuestos, en los que el delito y la duración de la condena eran de mayor entidad, los años de no retorno son sensiblemente inferiores.

Atendiendo a los días de ingreso en centro penitenciario³⁷⁹ para proceder a la expulsión, los datos mostraron que en la mayoría de los casos se sobrepasaba el límite máximo establecido para ejecutar la expulsión. La consecuencia, en tales casos, tenía que haber sido la revocación de la expulsión -planteamiento que sí se establece en el CIE-, pero que no se plantea en prisión.

Respecto los días que hubiese pasado interno en CIE³⁸⁰, en todos los casos analizados en la investigación, estos no se han contabilizado en la liquidación de condena cuando no se pudo materializar la expulsión y el órgano judicial decidió retornar al cumplimiento de la pena originaria.

Esta circunstancia fue planteada en la entrevista al Fiscal de extranjería, y la respuesta fue que era inadmisibile que no se contabilizaran los días de ingreso en CIE en la posterior liquidación de condena; la privación de libertad, aunque se hubiera producido en un CIE, era consecuencia de una decisión judicial³⁸¹. Según el Fiscal entrevistado, el error puede deberse a la falta de coordinación entre el juzgado, el CIE y el centro penitenciario.

³⁷⁷ Para un análisis más exhaustivo véase Capítulo II 4.2. b.8) Plazo de prohibición de no regreso. Págs.132ss.

³⁷⁸ Que en el Código Penal vigente en el momento en que se realizó la investigación, como es sabido, era de diez años a contar desde el momento en que se materializase la expulsión.

³⁷⁹ Para un análisis más exhaustivo véase Capítulo II: 4.2. d.8) Solicitud e internamiento en centro penitenciario. Págs. 147ss.

³⁸⁰ Para un análisis más exhaustivo *vid.* Capítulo II: d.7) Solicitud e ingreso en centro de internamiento de extranjeros (CIE). Págs. 145ss.

³⁸¹ Entrevista realizada el día: 15 de mayo de 2014. En esta misma línea respondieron los secretarios judiciales de los juzgados de lo penal nº 12 y 15. En sentido contrario, en el X Congrés de joves advocats de Catalunya, se afirmó que el tiempo de estancia en CIE no se puede abonar como tiempo de cumplimiento de condena (Pág. 23). Afirmación que establecen como crítica, pero planteada erróneamente porque sí ha de contabilizarse.

Los juzgados de ejecución, son los encargados de recabar toda la información relativa al extranjero, y, en estos casos, deberían enviarla al centro penitenciario para que allí tuvieran constancia de los días que el extranjero ya ha estado privado de libertad³⁸².

Además, si sumando a lo anterior se tiene en cuenta la duración de las condenas –la media de todo el colectivo analizado se sitúa en 15,28 meses³⁸³–, la no contabilización de los días de internamiento en CIE sitúa a los extranjeros en una situación doblemente perjudicial.

Por tanto, respecto a las desigualdades que se observan a causa de las decisiones y prácticas judiciales, sería necesario y más conveniente fijar criterios –por ejemplo, como estableció la FPM para la determinación de los años de no retorno– y con ello avanzar hacia una aplicación más objetiva, que minimice en lo posible las desigualdades que de la práctica se puedan derivar.

La segunda desigualdad se produce no por ninguna circunstancia imputable al estado español, sino por la necesidad de acuerdo y coordinación de las embajadas de otros países para poder llevar a cabo la materialización de la medida, situando a una parte del colectivo de extranjeros en una situación de mayor probabilidad de expulsión.

En este sentido, como se ha observado en la investigación, la viabilidad de la materialización de la expulsión depende, en gran medida, del país de origen del extranjero³⁸⁴. Hay países que por las relaciones políticas con el estado español y también por la proximidad, presentan una probabilidad de materializar finalmente la expulsión considerablemente más alta que de otros países con los que las anteriores circunstancias son diferentes.

Esta circunstancia facilita que haya colectivos de extranjeros con mayores posibilidades de ser finalmente expulsados. Por tanto, el ‘éxito’ de la finalización del proceso con

³⁸² En la Circular de la FGE se recoge que para facilitar el acceso a la información sobre la situación de residencia de los extranjeros, se está trabajando para instalar una aplicación informática de acceso al Registro Central de Extranjeros, dependiente de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil (2011: 82- 83). Sería interesante, que en la misma línea, se creara una base de datos donde se recoja toda la información del proceso del penado extranjero a la que pudieran tener acceso todos los organismos encargados del procedimiento de expulsión penal.

³⁸³ Para un análisis más exhaustivo *vid.* Capítulo II 4.2 b.6) Condena impuesta. Págs. 129ss.

³⁸⁴ Para un análisis más exhaustivo véase Capítulo II 4.2. e.2) Causas de inexpulsabilidad. Págs. 151ss.

resultado expulsión efectiva, dependerá básicamente de la nacionalidad del extranjero y no de las decisiones que se tomen desde el Estado español. En este sentido, habrá extranjeros que en función de su país de procedencia tendrán más posibilidades de que se les suspenda o cumplan en el estado español la condena y otros en cambio no. Esta segunda desigualdad, finalmente es producto de las políticas que sobre migración acuerden los países en su territorio y respecto de terceros.

Al principio del presente apartado se explicaba que la investigación parte de la base de que efectivamente existe una desigualdad de trato por el hecho de que la expulsión sustitutiva formara parte del catálogo de medidas del ordenamiento penal. Si bien ya hay una desigualdad inicial, la investigación, ha mostrado que, respecto al mismo colectivo de extranjeros, también surgen desigualdades debido a la dependencia que la materialización de la expulsión presenta respecto de la actitud y voluntad de terceros estados.

Desde que se incluyó la expulsión en el ordenamiento penal, las decisiones jurisprudenciales siempre han ido en la línea de establecer límites y coherencia en la aplicación judicial de la expulsión. Coherencia que en algunos de los casos analizados no se ha observado, pudiendo llegar a afirmar un cierto posicionamiento de los órganos judiciales favorable a la expulsión como medida de política de control de flujos migratorios, porque si bien el posicionamiento no es directo, es indirecto por la falta de exhaustividad y objetividad a la hora de aplicar el *ius puniendi*.

Un segundo bloque tratado en el presente capítulo ha sido la referencia a determinados principios penales y del proceso relacionados directamente con la medida de expulsión. Respecto al principio de igualdad³⁸⁵, parto de la premisa de que se vulnera por la mera inclusión de la expulsión sustitutiva como consecuencia jurídico penal³⁸⁶.

En este sentido, con independencia de que la expulsión resulte en cada caso perjudicial o beneficiosa, la desigualdad surge por ser el estatus administrativo de la persona el que determina la aplicabilidad o no de la expulsión –que en caso de irregularidad

³⁸⁵ Para un análisis más exhaustivo véase 2.1. El principio de igualdad del presente Capítulo. Págs. 189ss.

³⁸⁶ En este mismo sentido *vid.* MAQUEDA ABREU (2001: 518).

administrativa es preceptiva- y no de la naturaleza y las circunstancias del hecho delictivo.

En segundo lugar, tampoco comparto que de la mera –y en determinados casos remota- posibilidad de que la expulsión pueda suponer en realidad un beneficio para el extranjero, o en palabras de HURTADO ADRIAN ‘una discriminación positiva’ (2005: 249), pueda inferirse la no vulneración del principio de igualdad.

Primero, porque beneficioso no ha de entenderse necesariamente como sinónimo de mejor. El acuerdo de la expulsión, aunque suponga la exención del cumplimiento de la pena privativa de libertad, conlleva en primer lugar un plazo de prohibición de regreso al país y al espacio Shengen, y en segundo lugar, el abandono de un país y el regreso a otro en el que las circunstancias pueden ser más perjudiciales para el extranjero. Y finalmente, en tercer lugar, y tras observar los datos de la investigación, considero que la expulsión no sólo puede vulnerar el principio de igualdad por no ser aplicable a determinados colectivos, sino también porque entre los mismos extranjeros a los que se les ha impuesto la expulsión sustitutiva, el procedimiento de aplicación varía considerablemente en función de la nacionalidad o de las decisiones judiciales.

Por otra parte, respecto del principio de *non bis in ídem* y del principio de proporcionalidad, estoy de acuerdo en que existe una vulneración de ambos principios respecto de la modalidad de sustitución parcial, porque supone un doble castigo³⁸⁷, si bien añadiría que la aplicación de la expulsión en la modalidad parcial supone una triple sanción, dado que al cumplimiento de la prisión y posteriormente de la expulsión debe sumárseles un plazo de prohibición de regreso que puede llegar a ser de 10 años.

Además, vistos los resultados de la investigación podría plantearse la vulneración de estos dos principios también en la primera modalidad de expulsión contemplada en el art. 89.1 del CP según la redacción dada por la reforma operada por la LO 5/2010.

Efectivamente: si atendemos en primer lugar, a la duración de las condenas (que en la mayoría de los casos han sido cortas), en segundo lugar, a la privación de libertad para

³⁸⁷ En este sentido MONCLUS MASO (2008:436ss), NAVARRO CARDOSO (2006a: 165ss); BRANDARIZ GARCÍA (2011: 221), MUÑOZ RUIZ (2014: 13-14).

proceder a la ejecución de la expulsión sustitutiva³⁸⁸ –en CIE o centro penitenciario-, y posteriormente la expulsión y la preceptiva prohibición de regreso, considero que se está vulnerando el principio de proporcionalidad, y en algunos casos también el principio de *non bis in ídem*.

El último de los principios analizados ha sido el de contradicción. En este sentido, la doctrina del TS³⁸⁹ relativa al acuerdo de la expulsión sustitutiva establece tres cuestiones que han de garantizarse. En primer lugar que se habilite un espacio de contradicción, en segundo lugar, que la resolución esté motivada y en tercer lugar la previa audiencia del penado.

En este sentido, los resultados de la investigación han mostrado que estos tres presupuestos si bien se han contemplado y respetado no se han cumplido de manera correcta teniendo en cuenta que la medida a imponer es la expulsión del territorio. En primer lugar, porque ha sido una medida que en la práctica se ha automatizado³⁹⁰. En segundo lugar, en los juicios celebrados en ausencia del acusado se ha procedido a la sustitución, aun teniendo la posibilidad de trasladar la decisión a la posterior fase de ejecución. En tercer lugar, en fase de ejecución muchos casos no se han realizado comparecencias bajo el pretexto de que las mismas corresponden a la fase anterior del procedimiento³⁹¹. En cuarto lugar, para el objeto de la investigación se ha tenido que

³⁸⁸ Hay que tener en cuenta también el tiempo que el extranjero haya estado privado de libertad en situación de preventivo.

³⁸⁹ En este sentido véase SSTS 901/2004, de 8 de julio.

³⁹⁰ La ST 593/2012, de 11 de diciembre del Juzgado de lo penal nº 20 de Barcelona resolvió sobre la expulsión decidiendo no aplicarla justificándolo de la siguiente manera: ‘habida cuenta de que dicha medida se considera desproporcionada con la entidad de los hechos y la pena que se impone en autos’. Esta sentencia fue recurrida por la Fiscalía, resolviendo la SAP de Barcelona el 26 de junio de 2013 de la siguiente manera: ‘el acusado fue interpelado directamente por estos extremos en el acto del juicio, y es obvio, por otra parte, que el legislador no está partiendo de los criterios que han movido al Juez *a quo* a denegar la sustitución, que no ofrece en su sentencia razonamiento de ningún tipo que justifique la excepcionalidad de la no aplicación de la sustitución’. En este supuesto, la AP de Barcelona estima que ha de procederse a la sustitución por la expulsión porque la desproporcionalidad alegada para que no se procediera a la expulsión no está acorde con el precepto.

³⁹¹ En la SAP 503/2013, de 13 de mayo de 2013 de Barcelona se establece lo siguiente: ‘El recurso del Ministerio Fiscal considera que se ha aplicado indebidamente el art. 89 del CP, al denegar la sustitución de la pena de tres meses de prisión impuesta por la medida de expulsión, por afirmar en sentencia que no puede acordar la sustitución de la pena por expulsión que se interesaba por no poder realizar ponderación de los bienes jurídicos en conflicto, posponiendo la sustitución para la fase de ejecución de la pena’. Sobre esto la AP de Barcelona resolvió estimando íntegramente el recurso porque ‘no se ha omitido trámite de audiencia alguno que se encuentre legalmente establecido ni es necesaria para

redefinir que se entendía por valoración del arraigo, porque las pautas tanto de la jurisprudencia del TS como del TEDH no se contemplan en la práctica. Y en quinto y último lugar, en relación con lo establecido en el CEDH³⁹², los datos de la investigación muestran que en ninguno de los casos analizados se han tenido en cuenta las resoluciones del TEDH sobre posibles situaciones que coloquen a los extranjeros en una situación de mayor vulnerabilidad.

En este sentido, considero que sería necesario establecer criterios y pautas exhaustivas que permitan realizar un juicio razonado y objetivo sobre la viabilidad de la aplicación de la expulsión, porque en los casos analizados en la investigación se puede apreciar que si bien se respetan los criterios establecidos por la jurisprudencia, éstos se acatan más bien como límites, es decir, no se aprecian interpretaciones *in bonam partem*.

Para concluir, respecto a los fines de la pena, considero que la expulsión es una medida contradictoria, y que encaja de manera forzosa en alguna de las finalidades de la pena, lo que acaba transmitiendo, desde mi perspectiva, inseguridad jurídica.

Si tenemos en cuenta los resultados de la investigación respecto de la finalidad preventivo general, la expulsión ha podido finalmente materializarse en el 39,7% de los casos. Considero que este dato no puede enviar a la sociedad un mensaje en el sentido de que el sistema penal es duro ante la comisión de un hecho delictivo. El mensaje que manda, desde mi perspectiva, es que la expulsión no es una consecuencia cierta o necesaria del sistema penal, en el sentido de que no siempre tiene porqué materializarse.

Respecto al fin preventivo-especial positivo, considero que no es una de las finalidades por las que se incluyó la expulsión en el ordenamiento jurídico, y por tanto, considero que en el único caso en el que puede apreciarse cierta finalidad rehabilitadora es, en realidad, cuando la expulsión no puede materializarse y se procede o bien al cumplimiento de la pena originaria o bien a su suspensión.

mayores garantías la realización de una audiencia, no prevista legalmente, en el trámite de ejecución de sentencia, para acordar en la sentencia con relación a la procedencia de la sustitución’.

³⁹² Para un análisis más exhaustivo véase 4. La expulsión penal desde la perspectiva del Convenio europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Estrasburgo del presente Capítulo. Págs.204ss.

Por último, respecto al fin preventivo-especial negativo, creo que es la finalidad que mejor encaja y en cierta manera puede justificar la inclusión de la expulsión en el catálogo de medidas del ordenamiento penal. La expulsión, sin duda, siempre y cuando se materialice, es una medida diáfananamente adecuada para impedir que el reo cometa nuevos delitos, mientras dicha medida no sea, de alguna forma, revocada.

A la vista de lo expuesto, considero que la expulsión debería utilizarse sólo en el ámbito del derecho administrativo sancionador, mientras que en el ámbito penal sólo deberían utilizarse otros recursos de excarcelación ya existentes en la legislación tales como el cumplimiento de la pena en el país de origen o la libertad condicional.

Entendiendo que limitar la medida al ámbito administrativo es una idea simplemente utópica en la actualidad (y más aun a la vista de la reciente reforma del art. 89 del CP que ha ampliado su ámbito de aplicación), una solución intermedia podría ser limitar la expulsión a extranjeros irregulares multireincidentes, sin arraigo ni perspectivas en el país.

6. Futuro de la expulsión penal a tenor de la LO 1/2015.

A lo largo del Capítulo II se han analizado algunas de las variables del procedimiento de aplicación recopiladas en la investigación realizada. En este apartado, y dado que art. 89 del CP ha sufrido notables modificaciones tras la reforma operada por la LO 1/2015, se pretende en primer lugar, realizar una prospectiva sobre qué puede suceder a nivel práctico a partir de la nueva regulación de la expulsión penal, destacando tanto posibles cuestiones que pueden resultar problemáticas como aquellas que pueden haber supuesto un acierto por parte del legislador.

En segundo lugar, tomando como referencia los resultados del estudio, se expondrán algunas cuestiones que podrían ser interesantes respecto del procedimiento de aplicación de la expulsión para el conjunto de instituciones encargadas de su enjuiciamiento y ejecución.

6.1. Aciertos y desencuentros del art. 89 del CP tras la reforma operada por la LO 1/2015.

Desde que se incluyera la expulsión como consecuencia jurídica del ordenamiento penal, las críticas y aciertos en torno al precepto se hicieron palpables. Esta tendencia se ha puesto de manifiesto con las posteriores reformas que le han sido afectadas. Nuevamente el art. 89 del CP ha sido modificado. Respecto a los cambios que el legislador ha introducido hay, considero cuestiones importantes a resaltar.

En primer lugar, respecto a los presupuestos objetivos: en cuanto a las penas a las que se les puede aplicar la expulsión sustitutiva, la nueva redacción del art. 89 del CP establece dos restricciones no contempladas en la redacción anterior. La primera consiste en limitar la sustitución únicamente a la pena de prisión. La segunda, en establecer como límite mínimo para acordar la sustitución, la pena de 1 año de privación de libertad.

Los resultados de la investigación llevada a cabo han mostrado que todas las penas, sin excepción, a las que se les ha aplicado la expulsión sustitutiva han sido penas de prisión. Respecto a la segunda limitación, la media de condena obtenida en el estudio fue de 15,28 meses. Del total de casos, el 62,45% de los extranjeros fueron condenados a penas de prisión con una duración inferior o igual a 12 meses. A casi la mitad del colectivo analizado, tras la nueva redacción del art. 89 del CP, no se les podría haber aplicado la medida de expulsión.

En este sentido, restringir la aplicación de expulsión sustitutiva únicamente a las penas de prisión, así como limitar la aplicación a penas iguales o superiores a un año, es un acierto por parte del legislador. Primero, porque conecta con la práctica que se está llevando a cabo por parte de los órganos judiciales y en segundo lugar, porque tiene en cuenta -en cierta manera- el principio de proporcionalidad no acordando una medida con graves consecuencias por hechos que tienen asociadas penas de prisión de corta duración.

Otra de las modificaciones de la medida, que puede ser la de más calado, hace referencia a los presupuestos subjetivos, específicamente a los sujetos a los que les es de

aplicación la expulsión sustitutiva. La nueva redacción del art. 89 del CP utiliza el término ‘ciudadano extranjero’ sin especificar la situación administrativa. Por tanto, podrán ser sujetos de expulsión todas las personas que ostenten el estatus de extranjero con independencia de su situación administrativa.

Que el legislador haya decidido realizar esta modificación incluyendo a todos los ciudadanos extranjeros es, a mi juicio, un paso atrás. Primero porque dentro del colectivo de extranjeros hay muchos tipos de status³⁹³ por lo que será necesario establecer criterios de aplicación para unos extranjeros y otros ya que las situaciones pueden ser muy dispares. En segundo lugar, porque respecto a algunas de las finalidades de la expulsión dentro del ordenamiento penal, estas se pueden ver difuminadas si se piensa, por ejemplo en el colectivo de extranjeros con permiso de residencia permanente³⁹⁴.

En tercer lugar, porque podrá producir una mayor saturación y ralentización del sistema judicial en su conjunto, porque la aplicación de la medida supondrá realizar determinados trámites administrativos y procesales imprescindibles –valoración de las circunstancias personales, comprobación de la situación administrativa y documentación, contacto con consultados, traslados de extranjeros, etc.-.

En cuarto lugar, porque una errónea aplicación de la expulsión conlleva consecuencias muy graves: las posibilidades de revocar la medida tras la ejecución son nulas o inexistentes, y porque se aumenta la probabilidad de vulnerar, por ejemplo, el art. 8 del CEDH, relativo a la protección a la vida privada y familiar. Si bien esto ya podía suceder en redacciones anteriores del art. 89 del CP, la decisión del legislador de incluir

³⁹³ El art. 1.1 de la LOEx establece: ‘se consideran extranjeros, a efectos de la aplicación de la presente ley, los que carezcan de nacionalidad española’. Por tanto, serán extranjeros todos aquellos que no dispongan de la nacionalidad española. Sobre esto, hay dos supuestos, los apátridas –ciudadanos que no son consideradas nacionales por ningún estado- y los nacionales de la UE. Respecto a estos últimos, si bien la nueva redacción del art. 89 del CP regula su expulsión (art. 89.4 del CP) esta posibilidad ya existía atendiendo al derecho de la UE.

Existen otros status en que se pueden encontrar los extranjeros –refugiados, ciudadanos con autorización de estancia- y también dos supuestos excepcionales: el de las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género y las víctimas del delito de trata de seres humanos cuando colaboran con la investigación y la persecución de estos delitos.

³⁹⁴ En este sentido, una de las finalidades que se argumenta para mantener la medida de expulsión en el ordenamiento penal es: que el cumplimiento sea un medio para que el extranjero se asegure la permanencia en el territorio nacional. Una segunda finalidad que se expone para justificar el uso de la medida es en la dificultad de reinserción posterior.

colectivos que en principio tienen arraigo, aumenta la probabilidad de una aplicación deficiente, junto a una mayor saturación del sistema penal.

En sentido contrario, la inclusión dentro de los presupuestos subjetivos de todo el colectivo de extranjeros puede justificarse desde un prisma de reducción del coste (económico y de medios) que le puede suponer al sistema penal mantener a los extranjeros en los centros penitenciarios³⁹⁵.

Retomando los resultados del estudio realizado, los datos mostraron que las expulsiones que finalmente se ejecutaron supusieron el 39,7% del total de casos analizados. Entre las causas que impidieron la materialización en el resto de casos, destaca la negación del consulado a documentar al extranjero –esta causa fue determinante en el 71,8% de los supuestos-. Si además analizamos los datos relativos al número de extranjeros que se encuentran en los centros penitenciarios³⁹⁶, se observa en la tabla que desde el año 2010 la población reclusa extranjera ha ido descendiendo levemente, situándose en torno al 30%. Dato que en mi opinión sigue la misma tendencia de la población penitenciaria española, por lo que se podría afirmar que la población reclusa extranjera se mantiene estable.

³⁹⁵ Este planteamiento es otra de las justificaciones existentes para argumentar la inclusión y mantenimiento de la expulsión como consecuencia jurídico penal.

³⁹⁶ Número de extranjeros TOTAL NACIONAL en el periodo 2003 a mayo de 2015:

Tabla X. Población penitenciaria en las cárceles españolas (2003-2015).

Año	Españoles	Extranjeros	% Extranj.	Total
2003	40.891	15.205	27,11	56.096
2004	42.073	17.302	29,14	59.375
2005	42.438	18.616	30,49	61.054
2006	43.378	20.643	32,24	64.021
2007	44.123	22.977	34,24	67.100
2008	47.357	26.201	35,62	73.558
2009	48.917	27.162	35,70	76.079
2010	47.614	26.315	35,59	73.929
2011	45.970	24.502	34,77	70.472
2012	45.704	22.893	33,37	68.597
2013	45.649	21.116	31,63	66.765
2014	45.320	19.697	30,30	65.017
2015 (mayo)	46.226	19.284	29,44	65.510

(*) Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Anuario de 2013 del Ministerio de Interior.

Teniendo en cuenta todos estos datos, incluir al colectivo de extranjeros regulares podría aumentar la probabilidad de desmasificar los centros penitenciarios, porque si finalmente se les sustituyera la pena de prisión por la expulsión, el Estado dispondría de la documentación del país de origen del extranjero, porque cuando se solicita algún tipo de regularización en el territorio nacional es imprescindible presentar la documentación oficial del país del que es nacional, quedándose con una copia el Estado español.

En este sentido, si este es un posible fundamento para justificar la inclusión del colectivo dentro de los presupuestos subjetivos de la medida –ya que en las otras finalidades no encajarían–, sería más conveniente por ejemplo, promover el uso de las medidas alternativas u otros medios de excarcelación tales como el cumplimiento de la pena o de la libertad condicional en el país de origen³⁹⁷.

Otra de las modificaciones que ha sufrido el art. 89 del CP en relación al carácter preceptivo o discrecional de la medida de expulsión, ha sido la de establecer una excepción que influirá en el modo que será aplicada la expulsión sustitutiva y es que ‘resulte necesario para asegurar el orden jurídico y restablecer la confianza en la norma infringida por el delito’.

Respecto a la aplicación de la modalidad regulada en el art. 89.1 del CP, si bien se mantiene el automatismo en la aplicación, la diferencia con la anterior redacción de la expulsión sustitutiva radica en que en aquellos supuestos en los que el Juez acuerde que el extranjero ha de cumplir una parte de la condena en un centro penitenciario, ésta deberá ser sustituida cuando la persona acceda a los regímenes de semi-libertad o libertad condicional.

La segunda modalidad de sustitución introducida por el legislador –art. 89.2 del CP– sigue una lógica diferente respecto a la anterior modalidad. Es decir, en este supuesto la ‘norma general’ será que el penado cumpla todo o una parte de la condena en un centro penitenciario y al acceder al tercer grado, a la libertad condicional o cuando cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado se le expulse.

³⁹⁷ Para un análisis más exhaustivo sobre las distintas medidas repatriativas en el ámbito penitenciario véase SOLAR CALVO, 2013; MONTERO PÉREZ DE TUDELA, 2014.

La excepción ‘resulte necesario para asegurar el orden jurídico y restablecer la confianza en la norma infringida por el delito’ es lo que determina el tiempo de condena que el extranjero cumplirá en un centro penitenciario. En este sentido, sería necesario definir los criterios de esta limitación porque tiene implicaciones importantes tanto para el extranjero como para el sistema jurídico penal, ya que nos encontramos de nuevo con una excepción muy general que podría plantear problemas de inseguridad jurídica si no se establecen unos criterios claros que delimiten el interés del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* y el interés del Estado en expulsar, porque si no podrán acabar convirtiéndose en decisiones unilaterales de los órganos judiciales.

Además se mantiene la posibilidad de vulnerar tanto el principio de *non bis in ídem* como el principio de proporcionalidad, en los supuestos en que los extranjeros cumplan una parte de la pena de prisión, posteriormente se les expulse y asociado a esta medida se les impongan unos años de no regreso.

Junto a esta excepción, se establece un criterio en virtud del cual no se puede proceder a la expulsión penal: ‘a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada’.

La necesidad de valorar el arraigo para decidir sobre la aplicación de la expulsión ya se puso de manifiesto por parte de la jurisprudencia del TEDH, del TC y del TS. En la investigación llevada a cabo se observó que dichas valoraciones se realizaban de manera tangencial, sin que los órganos judiciales y la Fiscalía fueran muy exhaustivos en la ponderación de las circunstancias personales del extranjero.

Respecto al arraigo, la carga de la prueba se trasladaba al extranjero, es decir, él junto a su defensa debían de ser los responsables de demostrar que disponía de arraigo en el territorio nacional, y que, por tanto, no era procedente aplicarle la sustitución de la pena por la expulsión. En este sentido, lo que se tenía que asegurar por parte del sistema jurídico penal es la existencia de un espacio de contradicción para que pudieran demostrar o alegar al respecto lo que consideraran oportuno.

Sobre estas cuestiones, la nueva redacción del art. 89 del CP, si bien establece de manera clara y en un apartado independiente del precepto (art. 89.4 del CP) que las

circunstancias del extranjero y del hecho han de tenerse en cuenta para no aplicar la expulsión -lo que considero un acierto-, el legislador da un paso atrás al eliminar la audiencia del extranjero y del Ministerio Fiscal en primera instancia para resolver sobre la expulsión.

En la investigación ya se puso de manifiesto una cierta falta de rigor al valorar las circunstancias personales por parte del órgano judicial y una falta de disposición y conocimiento por parte de los extranjeros y de sus abogados. Los datos de la investigación mostraron que se valoró el arraigo en la fase de juicio oral en el 35,08%³⁹⁸ y se aportó documentación por parte del extranjero y su defensa en el 3,6% de los casos. En la fase de ejecución se solicitó la comparecencia del extranjero en el 7,1% habiendo asistido el 78,9% de los citados.

Sería aconsejable que este trámite se estableciera con mayor rigor. Primero, porque como se ha observado a lo largo de la investigación, realizar la sustitución de la pena sin tener en cuenta estos aspectos conlleva problemas en fases posteriores. Segundo, un error en el procedimiento tras la ejecución de la expulsión conlleva que la revocación de la medida sea prácticamente imposible. Tercero, porque con la nueva redacción del art. 89 del CP entran a formar parte de los sujetos a los que puede resultar de aplicación de la medida extranjeros que están integrados en la sociedad.

Una puntualización sobre la innecesaridad de la previa audiencia al imputado o al Ministerio Fiscal para resolver sobre la expulsión sustitutiva. Parece que a la vez que con la reforma llevada a cabo se mejoran aspectos demandados por la doctrina y la jurisprudencia, por otro lado, se eliminan aspectos que en su día se contemplaban y fueron aplaudidos y ahora nuevamente, se vuelven a eliminar.

En este sentido, eliminar la previa audiencia del penado y del Ministerio Fiscal es un error, primero, porque es un requisito constitucional imprescindible del proceso, y en segundo lugar, porque no tiene lógica si se han de valorar las circunstancias personales

³⁹⁸ Este dato se obtuvo teniendo que reinterpretar el concepto de arraigo porque en la totalidad de los casos no se realizó siguiendo las directrices del TEDH o de la jurisprudencia nacional. Para el objeto de la investigación se redefinió de la siguiente manera: se considerará que ha habido una valoración del arraigo del extranjero cuando además de corroborar la situación administrativa del extranjero se le ha preguntado o valorado -aunque haya sido de manera tangencial- sobre las circunstancias personales y laborales’.

–en mayor medida al haber incluido a extranjeros regulares- y la carga de la prueba está trasladada al extranjero y a su defensa.

Por último, respecto a la posibilidad de sustituir la expulsión en auto posterior. Con la anterior regulación esta circunstancia se contemplaba. Con la actual regulación del art. 89 del CP, la regla general será la de resolver en sentencia, y si no ha podido ser así, se podrá trasladar la decisión a ejecución, pero sólo de manera excepcional.

Limitar la resolución en sentencia, con las implicaciones que conlleva la ejecución de la expulsión, además de los múltiples trámites que se necesitan, puede suponer que en muchos casos los órganos judiciales se vean obligados a resolver a expensas de que puedan existir causas o circunstancias que desconozcan y que podrían haber evitado que el extranjero tenga que pasar por todo este proceso con lo que conlleva -por ejemplo, el internamiento en CIE-.

En síntesis, la reforma del art. 89 del CP con algunos aciertos y grandes desaciertos considero, sigue el mismo rumbo de las regulaciones anteriores del precepto, poniéndose nuevamente al servicio de la política migratoria del Estado. En mi opinión, no se debería cargar al sistema penal en su conjunto con funciones propias del derecho administrativo. Pero si la realidad es la que es, el legislador debiera hacer un esfuerzo por lo menos para garantizar un proceso ajustado a Derecho.

Para finalizar este apartado, utilizar las palabras de ANGUELO NAVARRO y CHUECA SANCHO (2004: 291) para expresar lo que considero que significa esta nueva reforma del art. 89 del CP: ‘Las reformas legislativas emprendidas en España en el último año, que contienen importantes sombras de inconstitucionalidad, consuman un régimen de verdadero *‘apartheid legal’*, en el que las garantías jurídicas y los derechos fundamentales quedan mermados hasta hacerlos irreconocibles, y en el que las personas extranjeras cuentan sólo como herramientas de trabajo’.

6.2. Posibles criterios de aplicación de la expulsión sustitutiva tras la reforma operada por la LO 1/2015.

En este último apartado se expondrán algunas ideas extraídas de los resultados de la investigación que podrían agilizar y mejorar el procedimiento de aplicación del art. 89 del CP.

1.- Sería aconsejable, cuando ello fuera posible, que el órgano judicial –en sentencia o posteriormente en auto- en el momento de plantearse la decisión de la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio tuviera constancia no sólo de la situación administrativa del extranjero, sino también de si el propio extranjero o los órganos del estado poseen documentación del país de origen.

Para materializar la expulsión, es necesario que la persona disponga de la documentación que acredite su nacionalidad. Hay casos en que el extranjero dispone de documentación, en otros, quien dispone de ella es la UCRIF –normalmente fotocopia- y en otros casos, ni el extranjero ni la Policía tiene documentación acreditativa del país de origen del extranjero.

La comprobación del estado de la documentación se ha realizado en la mayoría de los casos en la fase de ejecución de la medida, cuando el extranjero ya estaba internado en CIE o en el centro penitenciario, en vez de haberse realizado en una fase inicial. Si esto se hubiera realizado en fases anteriores se podría haber evitado en muchos casos que el extranjero, por ejemplo, hubiera sido privado de libertad o hubiera sido trasladado al lugar del estado español desde donde se materializan las expulsiones (Ceuta, Valencia, Madrid, etc.).

2.- Otra circunstancia que podría ser interesante tener en cuenta antes de resolver sobre la aplicación de la expulsión es, en los casos en que los extranjeros hayan tenido o bien decretos gubernativos de expulsión o bien aplicación del art. 89 del CP anteriores, valorar si se han podido materializar o no, y de ser así cual ha sido la razón ya que con ello cabe observar las posibilidades de una expulsión futura.

3.- Teniendo la posibilidad, -aunque con la nueva redacción del art. 89 del CP residual- de poder sustituir en auto, en los supuestos de ausencia del extranjero durante juicio

oral si no ha sido viable conocer las circunstancias personales y de arraigo, trasladar la decisión a la fase de ejecución.

En la Circular 5/2011 de la FGE se justifica la sustitución en ausencia del extranjero con el argumento que la decisión no puede quedar condicionada al arbitrio de las partes. En este punto estoy de acuerdo, pero considero que pueden existir casos en que sería aconsejable oír antes al penado, porque se podría evitar la sustitución o alargar el procedimiento.

4.- En las sentencias que se dicten de conformidad, sería positivo que el órgano judicial tuviera constancia de si es viable proceder a la expulsión, es decir, de si hay documentación del país de origen y si se puede llevar a cabo la expulsión, y de que el extranjero es consciente de lo que implica aplicarle el art. 89 del CP.

Para ello, la única responsabilidad no reside en el órgano judicial, sino también en los letrados de la defensa. En el estudio realizado se ha percibido una falta de conocimiento por su parte sobre cómo se ha de proceder cuando se acuerda la expulsión sustitutiva. En este sentido, ha habido casos, por ejemplo, en los que tras el acuerdo de la expulsión sustitutiva en sentencia –en algunos casos con conformidad y en otros no–, en la fase de ejecución, se han presentado recursos solicitando la suspensión de la pena privativa de libertad originariamente impuesta.

5.- Respecto al plazo de años de no regreso asociado a la aplicación de la expulsión sustitutiva, la investigación mostró, primero que no había un criterio estándar de aplicación y en segundo lugar, que en ningún caso se justificó el periodo establecido.

En este sentido, sería conveniente establecer unas pautas de cuantos años de no regreso se imponen en función de la pena impuesta. Y en segundo lugar, que dicho plazo de prohibición esté motivado.

6.- Respecto al internamiento en CIE en los supuestos que los condenados se encuentren en libertad, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la medida, la legislación establece un máximo de 60 días de estancia. El estudio ha mostrado que los días de internamiento en CIE se respetan, es decir, que la UCRIF pone a disposición judicial al extranjero si este ha cumplido el total de días de internamiento, o solicita en

los casos en que se le haya impuesto 30 días que alargue la estancia en el centro 30 días más, porque no ha podido proceder a la expulsión en el primer plazo impuesto.

Sobre esta cuestión, la mayoría de los órganos judiciales establecían de inicio el máximo, es decir, 60 días, mientras que uno de los juzgados analizados establecía siempre de inicio 30 días, con posibilidad de ampliarlo 30 días más.

Esta segunda opción sería más positiva porque se obliga a que en un plazo de un mes se realicen todos los trámites para proceder a la expulsión, sin tener de manera innecesaria al extranjero en el CIE más tiempo del debido. Si por el contrario no da tiempo, este plazo se podría ampliar 30 días más.

7.- Respecto al ingreso en centro penitenciario, que si bien no se contempla en la redacción del art. 89 del CP, es posible por establecido en la DA 17ª LO 19/2003 por un periodo máximo de 30 días, este plazo que no ha sido respetado en muchos de los casos del estudio llevado a cabo, se debería de respetar porque en caso contrario no podría procederse a la expulsión.

8.- Un aspecto muy importante que se ha detectado en la investigación es que no se han contabilizado los días de ingreso en CIE en la liquidación del penado en los casos en que no se ha procedido a la expulsión. Esta circunstancia es inadmisibles, porque la estancia en CIE supone privación de libertad, y además a consecuencia de una condena de orden penal.

Esto sucede porque no hay coordinación entre los diferentes órganos. El órgano encargado de recibir toda la información es el juzgado, siendo el encargado de trasladarla a los diferentes organismos. Cuando un extranjero ha estado en el CIE, esta información llega al juzgado, pero Instituciones Penitenciarias no tiene constancia –aun siendo los encargados de realizar la liquidación de condena- de si esta persona ha estado privada de libertad en esta institución. Además, teniendo en cuenta la duración de las condenas en muchos casos del estudio, no haber tenido en cuenta la privación de libertad, supone una vulneración gravísima de los derechos de los extranjeros.

9.- Finalmente, relativo a los traslados de presos. Cuando se va a materializar la expulsión y se traslada a los extranjeros a las diferentes salidas habilitadas para ello, hay

casos en que cuando llegan no se puede materializar la expulsión porque el país receptor no los acepta. En estos casos, la policía solicita al órgano judicial qué ha de hacer. En algunos casos, el órgano judicial le ordenaba que le ingresara en el centro penitenciario más próximo, o en otros casos, se le suspendía la pena.

En este último supuesto, si el órgano judicial decidía suspenderles la pena, no volvían a trasladarlos al lugar de residencia del territorio nacional. La justificación suele ser que los transportes no están habilitados para trasladar a personas en libertad³⁹⁹. En estos casos, una posible solución sería que los trámites para comprobar la efectiva materialización de la expulsión se realizaran desde el lugar de residencia del extranjero, o bien, en los casos que fuera necesario trasladarle y finalmente no se materializara la expulsión, conducirlo nuevamente al lugar de residencia en el territorio español.

³⁹⁹ Entrevista realizada a la Inspectora del Cuerpo Nacional de Policía el día: 04 de febrero de 2014.

7. Reflexión final.

La premisa de inicio de este trabajo, conceptualizada en forma de pregunta, y que ha sido la guía del presente trabajo es la siguiente:

¿La introducción de la medida de expulsión -cuyas finalidades pertenecen al ámbito de la política migratoria- en el sistema penal, va a producir fricciones con los principios que rigen tanto el Derecho penal como el Derecho procesal, o en contraposición, se adecuará como instrumento del catálogo de consecuencias del ordenamiento penal?

Si bien una parte de la respuesta podía ser intuita en virtud de lo expresado por la doctrina y por la jurisprudencia en torno a la expulsión, se consideró necesario realizar una investigación para saber qué estaba ocurriendo en el ámbito práctico, porque si bien las leyes son obra del legislador, su aplicación -y por ende sus consecuencias- son vicarias del sistema judicial en su conjunto.

Se ha pretendido que la construcción y materialización de la respuesta constituya el presente Capítulo. Con dicha intención se han analizado las cuestiones problemáticas surgidas en torno a la expulsión penal contrastando algunas de estas cuestiones con los datos obtenidos en la investigación.

La primera reflexión que se puede extraer de todo lo expuesto es que algunas de las fricciones palpables a nivel teórico –modelo sancionador diferenciado, vulneración del principio de igualdad, *non bis in ídem*, proporcionalidad, fines de la pena- se trasladan al ámbito práctico, compeliéndose a los operadores jurídicos a acatarlos.

En contrapartida, hay otras cuestiones –principio de contradicción, imperativos derivados del CEDH, decisiones jurisprudenciales del TEDH- que se ponen de manifiesto en el plano práctico, sin que el sistema judicial pueda minimizar los roces. Por contra, aumenta la tensión entre la expulsión sustitutiva y el ordenamiento penal.

Una segunda reflexión respecto a la configuración del precepto objeto de la investigación –LO 5/2010- y extrapolable a la nueva redacción dada al art. 89 del CP por la LO 1/2015, es que si bien hay aciertos en sus redacciones, algunos de los

desaciertos o desencuentros que presentan serían fácilmente salvables si hubiera responsabilidad y coherencia en las reformas introducidas por el legislador, por lo que la consecuencia ineludible es que el sistema penal, y en especial sus agentes (jueces y magistrados, Ministerio Fiscal...) acaban asumiendo responsabilidades que no les competen.

Por último, la tercera reflexión es que con la creación de un conjunto de criterios que sirvan de guía al sistema judicial en su conjunto para acordar y aplicar la expulsión se podrían minimizar algunas de las problemáticas presentadas a nivel teórico.

Por tanto, y tras estas breves reflexiones en torno a la expulsión del art. 89 del CP, la respuesta a la premisa de partida de este trabajo sería la siguiente:

Sí, se podría afirmar que la expulsión como consecuencia jurídico-penal plantea una serie de problemáticas tanto en el plano teórico como en el plano práctico, ampliándose estas problemáticas en la práctica judicial.

CONCLUSIONES.

I

En el Estado Español, la política de extranjería se ha caracterizado por la ordenación de los flujos migratorios, principalmente de carácter laboral, y ha reconocido un elenco de derechos a los extranjeros cuya situación administrativa ha sido regularizada. Por el contrario, la respuesta administrativa del Estado respecto a los extranjeros irregulares ha consistido en imposibilitarles el establecimiento en el país y, especialmente por el temor a la posible delincuencia instrumental, se ha optado por su expulsión del territorio.

II

La escasa efectividad del Derecho administrativo, en lo que al control selectivo de la extranjería se refiere, abrió la puerta a la intervención del derecho penal. En el año 1995, la expulsión se incorporó al código penal mediante la controvertida redacción del artículo 89 de dicha norma. La incorporación de la expulsión en el sistema penal ha suscitado desde el primer momento encendidos debates tanto doctrinales como jurisprudenciales, debido a la dificultad de adecuar el régimen jurídico de dicha medida, de origen administrativo, a los fines del derecho y del proceso penal.

III

Se sostienen diversas posiciones en relación con la finalidad de la expulsión penal. Así, se justifica en tanto que resulta un medio adecuado para evitar que los extranjeros en situación administrativa irregular puedan utilizar la prisión como un instrumento que les permita permanecer en España. También se ha justificado la expulsión desde un punto de vista meramente economicista, sosteniendo que con ella se eliminan o reducen los costes económicos y de medios que genera el ingreso penitenciario. Un tercer

argumento favorable a la expulsión es el que se fundamenta en las dificultades de reinserción que presentan los extranjeros en situación administrativa irregular.

IV

Existe también diversidad de opiniones respecto a cuál es la naturaleza jurídica de la expulsión. En este sentido, la doctrina se divide entre aquellos autores que definen la medida como una pena, una medida de seguridad o un sustitutivo penal; los que la consideran una medida híbrida entre las medidas de seguridad y la suspensión condicional de la pena; y aquellos que consideramos la expulsión como una medida autónoma, que no encaja en ninguna de las categorías del ordenamiento penal.

V

La configuración legislativa de la expulsión, o dicho de otra manera los presupuestos que conforman la medida prevista en el artículo 89 del Código Penal, tampoco está exenta de debate. Prueba de ello es que el precepto ha sufrido notables modificaciones desde su incorporación al sistema de penas en el año 1995 hasta la actualidad. Hasta la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, la expulsión estaba configurada como una respuesta dirigida única y exclusivamente al colectivo de condenados extranjeros en situación de irregularidad administrativa.

VI

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo se han pronunciado en múltiples ocasiones sobre el régimen jurídico de la expulsión de extranjeros. De entre la jurisprudencia destaca la STS 901/2004, de 8 de julio, por tratarse de una sentencia que, posiblemente yendo más allá de la voluntad del legislador estableció por una parte, la necesidad de individualización de la pena, por otra parte el necesario respeto a los derechos de audiencia, contradicción, proporcionalidad y motivación suficiente; y

finalmente puso de manifiesto la necesidad de respetar los derechos fundamentales del extranjero y en especial el derecho a un proceso con todas las garantías, consolidados en la legislación internacional.

VII

Las decisiones legislativas por una parte y las jurisprudenciales por otra ponen de manifiesto la tensión existente entre dos intereses del estado aparentemente no contrapuestos: el interés del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* y el interés en el control de los flujos migratorios mediante el instrumento de la expulsión.

VIII

Con la finalidad de analizar si las cuestiones que plantea la regulación de la expulsión en el Código Penal se trasladaban a la práctica judicial, y si en caso afirmativo afectaban a su aplicación, se ha realizado un trabajo de campo a partir del análisis de expedientes de ejecutorias tramitadas en diversos juzgados de ejecución del partido judicial de Barcelona. Los resultados de la investigación han mostrado que las fricciones que la medida del artículo 89 del Código Penal suscita sobre el papel se materializan en la práctica, y además se ha podido observar que dicha práctica suscita nuevos problemas fundamentalmente relativos a la forma en la que los operadores jurídicos materializan la expulsión.

IX

Los principales problemas que genera la práctica forense aparecen en dos momentos distintos: por una parte, en el momento de acordar la expulsión como medida substitutiva de la pena, se suscita la cuestión relativa a cuál es el momento en que deben verificarse las circunstancias del penado –y más en concreto las relativas a su situación administrativa-; y por otra parte la cuestión relativa a la valoración de las circunstancias

–personales o de arraigo- que pueden exceptuar la aplicación automática de la expulsión.

X

De la investigación se puede concluir que cada juzgado adopta sus propios criterios de aplicación, lo que conlleva que algunos de dichos órganos opten por una aplicación casi automática de la expulsión sustitutiva mientras que uno de ellos intentaba en la medida de lo posible minimizar los costes que supone para el penado extranjero la medida de expulsión. Para ello, este órgano judicial realiza una serie de comprobaciones mediante las cuales tiende a asegurar, asimismo, que en su caso la materialización de la expulsión será efectivamente posible.

XI

La realización del trabajo de campo permitió observar, por otra parte, que a la falta de criterios homogéneos se le suma la proverbial falta de recursos presente en los órganos implicados en la aplicación de la ejecución penal. Ello conlleva que, en la mayoría de los supuestos se aprecie falta de exhaustividad no sólo respecto de la valoración de los presupuestos que permiten la aplicación de la medida, sino a lo largo del *iter* que se sigue desde que dicha medida se acuerda hasta que efectivamente puede materializarse la expulsión del territorio del Estado.

XII

En lo que atañe al procedimiento para la materialización efectiva de la expulsión, la investigación, se puede observar que existen múltiples cuestiones que no están previstas ni, por lo tanto resueltas, por el ordenamiento jurídico, y que implican que los operadores jurídicos implicados deban, en cierto modo, improvisar soluciones a medida que aparecen los problemas. Es el caso, por ejemplo, de los límites temporales de los

internamientos en CIE o de los extranjeros que resultan inexpulsables *ex post* por obstáculos burocráticos en sus países de origen. Cuanto menos, de los problemas que surgen a lo largo de la aplicación del acuerdo de expulsión, se pone de manifiesto que este *iter* es un foco de desigualdades que podrían tildarse incluso de arbitrarias.

XIII

La construcción, por parte del Estado, de un concepto criminalizador que ha conseguido crear la imagen de un grupo de extranjeros como “enemigos sociales” que no van a ser productivos y cuyas perspectivas de futuro pasan por la delincuencia, justifica y ampara determinadas praxis –como por ejemplo la no contabilización de los días de ingreso en CIE en una posterior liquidación de condena- que además de producir indefensión a los sujetos respecto de los que se acuerda la medida, en los casos en los que ésta llega a materializarse, la situación deviene –por lo menos durante el tiempo de prohibición de retorno- irreversible.

XIV

La expulsión como medida penal presenta graves fricciones con principios del derecho y del proceso penal y con derechos fundamentales. En este sentido, se ven afectados el principio de igualdad, y por extensión, en no pocos supuestos, el de proporcionalidad y la interdicción de *bis in ídem*. En el mismo sentido, el principio de contradicción, ha seguido un camino tortuoso en las sucesivas reformas del Código Penal, contemplándose y desapareciendo de la norma sin aparente justificación.

XV

Si la expulsión del territorio se incluye en el catálogo de consecuencias penales, debería cumplir alguno de los fines de las penas. En cuanto a los fines de carácter preventivo general, a la vista de las múltiples dificultades para la materialización efectiva de la

medida, no puede sostenerse que una medida enfrenada a tantas vicisitudes para su aplicación práctica pueda cumplirlos. Si la medida se concibe como vicaria del fin preventivo-especial, en cambio, debe admitirse que resulta válida. Ahora bien, desde esta perspectiva, si bien es cierto que con la expulsión se incapacita al extranjero para cometer delitos, no lo es menos que dicha incapacitación está limitada al ámbito territorial en el que se produce la expulsión, o dicho llanamente, se impide que el extranjero delinca, pero dentro del territorio.

XVI

La reciente reforma de la expulsión penal, operada por la LO 1/2015, no sólo no resuelve los problemas que plantea la medida sino que los aumenta, por cuanto aumenta la población extranjera a la que puede resultar de aplicación. Con ello, el legislador traslada una vez más al sistema judicial la carga de aplicar una determinada concepción de la política de inmigración por la vía de convertirla en política criminal.

BIBLIOGRAFÍA.

- AEBI, M. F. y DELGRANDE, N. 'Space I. Council of Europe annual statistics. Survey 2013'. Estrasburgo, 15 de diciembre de 2014.
- AJA FERNÁNDEZ, E. (2000) *La nueva regulación de la inmigración en España*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (DIRS.)
- (2010a) *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Tirant lo Banch, Valencia.
- (2010b) *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- AGUELO NAVARRO, P.; CHUECA SANCHO, A. G. (2004) 'El novísimo derecho humano de las personas a migrar'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 5.
- AGUELO NAVARRO, P.; CHUECA SANCHO, A. G. (2005) 'La Constitución Europea y...los extranjeros'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 8.
- ALMEIDA HERRERO, C. (2009) 'Pena de prisión y extranjería: algunas especificidades legislativas'. *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº 16.
- ALONSO PEREZ, F. (2004) 'Expulsión administrativa de extranjeros. Innovaciones introducidas por las leyes orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre'. *La Ley*, nº 6053.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2001) *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Comares. Granada.
- ALVAREZ OSSORIO MICHEO (2002) 'Los derechos fundamentales de los extranjeros en España' en CARRILLO SALCEDO, J. A., *La Ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en Derechos Humanos*, Arkal, Madrid.
- ANMISTIA INTERNACIONAL (2003) 'Informe. España: los menores extranjeros no acompañados y sin papeles están en riesgo'. Noviembre.
- ARIAS SENSO, M. (2005) 'Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004'. *La Ley*, nº 6160.
- ARENTEROS LEÓN, M. (2011) 'La regulación del procedimiento de repatriación de los menores extranjeros en el nuevo reglamento de extranjería'. *La Ley*, nº 7679.

- ARRESE IRIONDO, M^a. N. (2010) 'La problemática jurídica de las situaciones irregulares: la expulsión como sanción a la situación irregular'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº: 25.
- ASÚA BATARRITA, A. (2001) 'Política criminal y política de extranjería. La expulsión como sustitutivo de la respuesta punitiva ordinaria'. *Actualidad Penal*, nº 42.
- ASÚA BATARRITA, A. (2002) '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 LAURENZO COPELLO, P (Coord.) *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- BAUCELLS I LLADÓS, J. (2005) 'El Derecho penal ante el fenómeno migratorio' en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 13.
- BECERRA MUÑOZ, J. (2012) 'Las prisiones españolas vistas desde Europa. Un análisis comparado'. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 7.
- BLAY GIL, E. *et al.* (2012) 'El sistema de penas y su ejecución' en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (DIR.) *El nuevo CP. Comentarios a la reforma*. La Ley, Madrid.
- BONILLA CORREA, J.A. (2010) 'Tratamiento de los delincuentes extranjeros: medidas de expulsión. Consideraciones político- criminales. *La Ley*, nº 7445.
- BOZA MARTÍNEZ, D. (2006) 'El derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 11.
- BOZA MARTÍNEZ, D. (2012) 'La expulsión de residentes de larga duración como consecuencia de condena penal y la jurisprudencia del TEDH'. *VI Encuentro Internacional de Investigadores en Derecho de Inmigración y Asilo*'. Valencia 14 y 15 de junio de 2012.
- BOZA MARTÍNEZ, D.; MARTÍNEZ LIBOREIRO, M. F.; RODRÍGUEZ CANDELA, J.L (2014) 'El caso Albarracín: la vida familiar como límite a la expulsión derivada de sentencia penal y su aplicación en España'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 37.
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (2008) 'La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal' en CANCIO MELIÁ, M.; POZUELO PÉREZ, L.; RODRIGUEZ MORULLO, G.; *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Thomson Civitas. Navarra.

- BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (2009) 'Funcionalidad de la construcción de los migrantes como sujetos de riesgo en el sistema penal español: derecho penal del enemigo, gestión de la exclusión e inclusión subordinada' en CARBONELL MATEU, J.C. (Coord.) *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (2010) 'Resocialización e inclusión en el tratamiento punitivo de los migrantes' en BERNUZ BENEITEZ, M^a.J.; SUSÍN BETRÁN, R. (Coords.) *Seguridad, Excepción y nuevas realidades jurídicas*. Comares, Granada.
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A., FERNÁNDEZ BESSA, C., (2010) 'La construcción de los migrantes como categoría de riesgo para el sistema penal español' en PALIDDA, S.; BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Estudios de Derecho Penal y Criminología, Comares, Granada.
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (2011) *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal* Comares. Granada
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (2013) 'The control of irregular migrants and the criminal law of the enemy. Notes on the exclusion and inclusion in the field of penal policy in Spain' en JOAO GUIA, M.; VAN DER WOUDE, M.; VAN DER LEUN, J. *Social control and Justice. Crimmigration in the age of fear*. Eleven International publishing. The Netherland.
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A., (2014) 'La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas'. *InDret* 2/2014. <http://www.indret.com/es/>
- CALAVITA, K. (2004) 'Un 'Ejército de reserva de delincuentes': la criminalización y el castigo económico de los inmigrantes en España'. *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 2, 2004.
- CAMPO CABAL, J.M. (2001) *Comentarios a la Ley de extranjería. Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000*. Civitas. Madrid.
- CANCIO MELIÁ, M. y MARAVER GÓMEZ, M., (2005) *El derecho penal español frente a la inmigración: un estudio político- criminal. Derecho Penal y Política transnacional*. (Coord. Bacigalupo, S.), Atelier, Barcelona.
- CANCIO MELIÁ, M. y MARAVER GÓMEZ, M., (2006) 'El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político- criminal'. *Revista CENIPEC*, nº 25 Vol. II.

- CANCIO MELIÁ, M. (2007) 'La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 del CP)'. *Revista electrónica del Instituto latinoamericano de estudios en Ciencias Penales y Criminología*. ILECIP REV. N° 002-04.
- CANO CUENCA, A. (2015) 'Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros (arts. 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89) en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (DIR.) MATA LLÍN EVANGELIO, A.; GÓRIZ ROYO, E. (Coords.) *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- CARAMMIA, M; GARCÍA LUPATO, F. (2008) 'La política de inmigración en Italia y España. ¿Cómo cambian las propuestas de los partidos políticos?. Una exploración del caso italiano y español. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n° 19.
- CARBAJAL GARCÍA, P. (2012) 'El arraigo como circunstancia excepcional para poder residir y trabajar legalmente en España'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n° 29.
- CERVELLO DONDERIS, V (2006) 'Situación jurídica dos estranxeiros en prisión'. *Revista Galega de Seguridade Pública*, n° 8.
- CHUECA SANCHO, A. G.; (1998) *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*. Egido, Zaragoza.
- CHUECA SANCHO, A. G.,
- (2002a) 'El tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n° 1.
- (2002b) 'La Ley de Extranjería viola directamente cinco tratados internacionales vinculantes para España'. *El vuelo de Ícaro*, n° 2-3.
- (2002c) 'El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n° 1.
- CHUECA SANCHO, A. G., (2005) 'Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n° 9
- CHUECA SANCHO, A. G., (2007) 'La Carta de los Derechos Fundamentales, la inmigración y el asilo en la reforma del Tratado de la Unión Europea: un breve apunte'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n° 15.

- COBO DEL ROSAL, M. (DIR.) (2000) *Comentarios al Código Penal* Tomo III. Edersa, Madrid.
- COMAS D'ARGEMIR, M., SÁNCHEZ- ALBORNOZ, C., NAVARRO, E. (2012) 'Jornadas de la comisión penal de jueces para la democracia' (Ponencia). 17 y 18 de diciembre. Jueces para la democracia.
- CONGRÉS DE JOVES ADVOCATS DE CATALUNYA (2015) 'La crisi de la justícia i dels drets dels ciutadans'. Tarragona. 28 al 31 de mayo.
- CORCOY BIDASOLO, M.; MIR PUIG, S. (2011) *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. Tirant lo Blanch, Valencia
- CÓRDOBA CASTROVERDE, D. (2006) 'Problemas que plantea el actual régimen jurídico de expulsión de extranjeros'. *Revista de Jurisprudencia*, nº 1.
- CUGAT MAURI, M. (2001) 'La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del derecho penal'. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 6.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2008) 'La gestación de la xenofobia: Mitos (pre)juicios de la inmigración en SANZ MULAS (COORD.) *Dos décadas de reformas penales*. Comares. Granada.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2014) 'Reglamento de los centros de internamiento de extranjeros: una nueva oportunidad perdida (1)'. *La Ley*, nº 8418.
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2014) 'Informe Mecanismo Nacional de prevención de la Tortura'. Madrid.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M. (2004) 'La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003' *La Ley*, nº 6042.
- DELGRANDE, N., AEBI, M. (2010) 'Las estadísticas sobre los reclusos extranjeros en Europa (1989- 2006) en PALIDDA, S., BRANDARIZ, J.A (Dir.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Comares, Granada.
- DE LUCAS, J. (2003) 'Inmigración y globalización: acerca de los presupuestos de una política de inmigración. *Revista electrónica del Departamento de la Universidad de la Rioja*, nº 1.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *et al.* (2007) 'Extranjería y derecho penal: las últimas reformas'. *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 12.

- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M (DIR.) (2007) *Protección y expulsión de extranjeros en derecho penal*. La Ley, Madrid.
- DURÁN SECO, I. (2005) 'El extranjero delinciente 'sin papeles' y la expulsión (a propósito de la STS 8-7-2004). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 15.
- FAJARDO DEL CASTILLO, T. (2009) 'La Directiva sobre retorno de los inmigrantes en situación irregular'. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 13.
- FERNÁNDEZ AREVALO, L. (2006) '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*, nº 13.
- FERNÁNDEZ AREVALO, L. (2010) 'Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 24.
- FERNÁNDEZ ARTIACH, P. (2006) 'La autorización para el trabajo de los extranjeros no comunitarios internos en centros penitenciarios españoles'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 12.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A. (2007) 'Los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes de Extranjería'. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 7.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A., (2012) 'Art. 57. Expulsión del territorio' en MONEREO PÉREZ *et al.* (DIRS.) *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*. Comares, Granada.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A. (2014) 'La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros. La ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías'. *La Ley*, nº8382.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G (2007) 'El proceso social de determinación de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración' en FARALDO CABANA, P. (DIR.), PUENTE ABA, L. M., SOUTO GARCÍA, E. (COORD.) *Derecho Penal de excepción*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- FREIXES SANJUÁN, T. (1995) 'Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa'. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. nº 11-12.

- FREIXES SANJUÁN, T.; REMOTTI CARBONELL, J.C. (1998) 'Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos'. *Revista de Derecho político*, nº 44.
- FLORES MENDOZA, F. (2002) 'La expulsión del extranjero en el código penal español' en LAURENZO COPELLO, P (Coord.) *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GÁMIZ, M.; VALDERRAMA, J., (2013) 'El proyecto de reforma del Código Penal. La sustitución de las penas de expulsión a los extranjeros residentes'. *Página Abierta*, 229.
- GARCÍA CASTAÑO, C. (COORD.)(2009) 'Convenio de 21 de marzo de 1983 sobre traslado de personas condenadas (número 112 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo. (BOE núm. 138/1985, de 10 de junio de 1985). *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº 16.
- GARCÍA ESPAÑA, E. (2001) *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA ESPAÑA, E.
- (2002a) 'La delincuencia de inmigrantes en España' en LAURENZO COPELLO, P (Coord.) *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2002b) 'Los extranjeros en las cárceles españolas' en LAURENZO COPELLO, P (Coord.) *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA ESPAÑA, E. (2003) 'Extranjería, delincuencia y legislación penitenciaria'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 4.
- GARCÍA ESPAÑA, E. (2005) 'Detenidos y reclusos: marroquí y argelinos en el sistema penal' en LÓPEZ GARCÍA, B; BERRIANE, M (DIR.) *Altas 2004 de la inmigración marroquí en España*.
- GARCÍA ESPAÑA, E (2007) 'Victimización de inmigrantes' en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA ESPAÑA, E. (2012) 'Las otras poblaciones presas: mujeres y extranjeros'. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº7, págs. 407- 422.
- GARCÍA ESPAÑA, E.; DIEZ RIPOLLÉS, J.L (2012) *Realidad y política penitenciarias*. Tirant lo Blanch, Valencia.

- GARCÍA ESPAÑA, E; RODRÍGUEZ CANDELA () ‘Extranjeros en prisión’ (Ponencia). Ilustre Colegio de abogados de Malaga. Recurso electrónico disponible en:
<http://www.icamalaga.es/portalMalaga/archivos/ficheros/1239187409366.pdf>
- GIL ARAUJO, S. (2005) ‘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.
- GIMÉNEZ GARCÍA, J (2005) ‘La sustitución de las penas de prisión. Especial referencia a la expulsión de extranjeros’ en VIEIRA MORANTE, F.J. *Las penas y sus alternativas*. Consejo General del Poder Judicial
- GONZÁLEZ, J. I. (2003) ‘Política de Extranjería’ en MARTÍN PALLÍN, J.A. (DIR.) ‘Extranjeros y Derecho Penal’. Consejo General del Poder Judicial. *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº4, Madrid.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M., (2010) ‘El papel de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo del Derecho Público de la Inmigración’. *Revista catalana de Dret públic*, nº 40.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (DIR.) MATALLÍN EVANGELIO, A.; GÓRIZ ROYO, E. (Coords.) (2015) *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I. (2011) ‘Aumento de presos y Código Penal. Una explicación insuficiente’. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194.
- GONZÁLEZ SAQUERO, P. (2011) ‘La directiva ‘retorno’ y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros. Comentario a la Sentencia del TJUE de 28.4.2011, as El Dridi C-61/11 PPU’. Civitas. *Revista española de Derecho del Trabajo*. Nº 152.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (1998) ‘*Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*’. Valencia.
- GUISOLA LERMA, C.
(2010a) ‘Reformas penales y tendencias político- criminales en materia de inmigración. *La Ley*, nº 67.

- (2010b) 'La reforma del Código penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad (art. 89 del CP) en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.) *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Tirant lo Banch, Valencia.
- HERRERO HERRERO, C. (2003) 'Migración de extranjeros. Su relación con la delincuencia. Perspectiva criminológica'. *Actualidad Penal*, nº 9.
- HURTADO ADRIÁN, A.L. (2005) 'Artículo 89 CP. Formación legislativa y análisis de una línea de aplicación judicial' en VIEIRA MORANTE, F.J. *Las penas y sus alternativas*. Consejo General del Poder Judicial.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (2012) 'El retorno voluntario en España: análisis desde la perspectiva de la migración circular y del derecho de la Unión Europea'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº: 29.
- INSTITUT ESQUERRA XXI (2003) '*Immigracio i Drets. Debate i propostes*', documento promovido por el Institut Esquerra XXI, Barcelona.
- IZQUIERDO ESCUDERO, F. J. (1997) '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'. *La Ley*, nº5.
- JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. (2006) *Derecho penal del enemigo*. Cuadernos Civitas.
- JUANETAY DORADO, C. (2004) 'La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro de las penas y los principios constitucionales del Derecho Penal'. *La Ley*, nº 9.
- LAFONT NICUESA, L. (2004) 'La expulsión de extranjeros' en Las recientes reformas penales. *Cuadernos Penales José María Lidón*, nº1. Bilbao.
- LAFONT NICUESA, L. (2005) 'Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 10.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. (2014) 'Algunas reflexiones en torno al reciente protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores no acompañados'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 37.
- LAURENZO COPELLO, P. (2003) 'La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros'. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 12.

- LAURENZO COPELLO, P. (2004) 'Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión'. *Jueces para la democracia*, nº 50.
- LEANDRO VIERA DA COSTA, P. (2010) 'La expulsión de extranjeros 'sin papeles''. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 21.
- LEGANÉS GÓMEZ, S. (2006) 'Extranjeros en prisión'. *La Ley* nº 30.
- LEGANÉS GÓMEZ, S. (2009) *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión: nuevo régimen jurídico: incluye formularios*. Dykinson. Madrid.
- LEGANÉS GÓMEZ, S. (2012) 'La expulsión de extranjeros'. *La Ley*, nº 91.
- LEGANÉS GÓMEZ, S. (2015) 'La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015'. *La Ley*, nº 8579.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M., (2011) 'Penas sustitutivas y quebrantamiento de condena'. *La Ley*, nº 7673.
- LÓPEZ LORENZO, V. (2005) 'Expulsión de extranjeros (Comentario a la STS de la sala 2ª del TS núm. 901/2004, de 8 de julio)'. *La Ley*, nº 18.
- LÓPEZ MUÑOZ, M.J. (2003) 'La incidencia de la jurisdicción en el procedimiento de expulsión de extranjeros que hayan cometido delitos en España'. *Actualidad Penal*, nº 22.
- LORENZO JIMÉNEZ, J. V. (2009) 'La expulsión de extranjeros por permanencia irregular en España: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 20.
- MAESTRO MÁLAGA, G., (2010) 'Los derechos sociales de los emigrantes'. *Revista catalana de Dret públic*, nº 40.
- MAQUEDA ABREU, M. L. (2001) '¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?' en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M y ROCA ROCA, E. (COORD.) *Los Derechos Humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*. Universidad de Granada.
- MAQUEDA ABREU, M. L. (2004) 'Políticas de seguridad y Estado de Derecho' en PEREZ ÁLVAREZ, F (Ed.) *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca.
- MANTOVANI, F. (2008) 'El derecho penal del enemigo, el Derecho penal del amigo, el enemigo del Derecho penal y el amigo del Derecho penal' en GARCÍA

- VALDÉS, C. *et al. Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Edisofer, Madrid.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (2008) *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*. Comares, Granada.
- MARTÍN ARRIBAS, J. J. (2013) ‘Reflexiones sobre los derechos de los inmigrantes en situación irregular según el derecho de la Unión Europea’. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 32.
- MARTÍN PALLÍN, J. A. (2003) ‘Política común de la Unión Europea en materia de extranjería’ en MARTÍN PALLÍN, J.A. (DIR.) *Extranjeros y Derecho Penal*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, nº4, Madrid.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2007) *La inmigración como delito. Un análisis político criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis del CP*. Atelier, Barcelona.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2008) ‘¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular?. Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad’. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2009) ‘Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?. *InDret*, nº3.
- MARTÍNEZ PARDO, V.J. (2012) ‘La expulsión de los extranjeros como sustitutiva de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad’. *Revista de l’Institut d’Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*.
- MÉNDEZ CANSECO, J.F., (2007) ‘Introducción al estudio de los derechos de los extranjeros en España’. En *Extranjería*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- MIR PUIG, S. (2011) *Derecho Penal. Parte General*. 9ª edición. Reppertor, Barcelona.
- MIRO LINARES, F. (2008) ‘Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o ‘exclusión’ penal del inmigrante?. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*
- MONCLÚS MASO, M. (2001) ‘La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta’. Scripta nova. *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, nº 94.

- MONCLÚS MASO, M. (2008) *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*. Editores del Puerto, Buenos Aires.
- MONCLÚS MASÓ, M.; BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (2015) *Políticas y prácticas de control migratorio*. Didot. Madrid.
- MONEREO PÉREZ *et al.* (DIRS.) (2012) *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*. Comares, Granada.
- MONTERO PÉREZ TUDELA, E. (2014) 'La extranjería en prisión. Las distintas repatriativas en el ámbito penitenciario según la clase de extranjero'. *La Ley*, nº 8394.
- MONTERO PÉREZ TUDELA, E.; NISTAL BURÓN, J. (2014) 'La población penitenciaria extranjera en España: evolución y características'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 37.
- MOYA MALAPEIRA, D.; (2010) '¿Luchar contra los flujos migratorios o canalizarlos? Evolución del régimen de entrada, residencia, trabajo y salida de extranjeros en el actual modelo de gestión migratoria'. *Revista catalana de Dret Públic*, nº 40.
- MUÑOZ LORENTE, J. (2004) 'La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003'. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº extraordinario 2.
- MUÑOZ RUIZ, J. (2014) 'La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas'. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.
- NAVARRO CARDOSO, F. (2004) 'El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador', en PEREZ ÁLVAREZ, F (Ed.) Serta. *In memoriam Alexandri Baratta*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca.
- NAVARRO CARDOSO, F.
- (2006a) 'Expulsión 'penal' de extranjeros: una simbiosis de derecho penal 'simbólico' y derecho penal del 'enemigo'. *Revista de derecho penal y criminología*, nº 17.
- (2006b) 'Extranjería, inmigración y sistema penal' en RODRIGUEZ MESA, M^a J., RUIZ RODRÍGUEZ, L.R., *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. Tirant monografías, Valencia.

- NAVARRO VILLANUEVA, M^a C. (2002) *Suspensión y modificación de la condena penal*. J.M. Bosch Editor, Barcelona.
- NIETO MARTÍN, F. (2001) 'Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar'. *Jueces para la democracia*, nº 41.
- NISTAL BURÓN, J. (2011) 'La prescripción del delito de quebrantamiento de condena'. *La Ley*, nº 7546.
- NISTAL BURÓN, J.
- (2013a) 'El alcance en materia de expulsión judicial de la proyectada reforma del CP'. *La Ley*, nº 8207.
- (2013b) 'Los fines de la política criminal y su vinculación con la política de extranjería en la reforma proyectada del Código Penal. Su incidencia en el ámbito penitenciario'. *La Ley*, nº 8143.
- OLESTI RAYO, A. (2010) 'La Unión Europea y la progresiva creación de un régimen comunitario de extranjería'. *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 40.
- ORTEGA MARTÍN, E. (2010) *Manual práctico de Derecho de extranjería*. La Ley, 4^a Ed., Madrid.
- ORTIZ GONZÁLEZ, A. L., (2009) '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). *Cuadernos de Derecho penitenciario*, nº 16.
- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L (2014) *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 4^a Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- PALIDDA, S.; BRANDARIZ GARCÍA, J. A. (2010) *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Comares, Granada.
- PALOMO DEL ARCO, A. (2010) 'Reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas en otro estado europeo'. *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 21.
- PARÉS GALLÉS, R.; PARÉS PIFARRÉ, N. (2009) 'La medida substitutiva de la pena de prisión prevista en el artículo 89 del Código Penal. Aplicación judicial y práctica penitenciaria en Cataluña en el caso de mujeres penadas'. CEJFE, Generalitat de Catalunya.
- PAVÓN PÉREZ, J. A. (2008) 'La propuesta de Directiva relativa al retorno de nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en la Unión Europea:

¿un difícil juego de prestidigitación camino de la armonización de procedimientos y normas comunes?. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 19.

PAZ RUBIO, J. M. (2003) 'Expulsión de extranjeros' en MARTÍN PALLÍN, J.A. (DIR.) 'Extranjeros y Derecho Penal'. Consejo General del Poder Judicial. *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº4, Madrid.

PÉREZ ALONSO, M. A. (2010) 'El arraigo de los extranjeros irregulares como mecanismo de integración social. Breve recorrido por la LO 4/2000 y su reforma de 2009'. Jornadas de Exclusión Social. UNISOLID.

PÉREZ CARAMÉS, A., (2012) 'La evolución reciente de las políticas de control migratorio en España' en IZQUIERDO, A., CORNELIUS, W.A., *Políticas de control migratorio. Estudio comparado de España y E.E.U.U.* Bellaterra, Barcelona.

PERIS RIERA, J., MADRID CONESA, F., (2000) 'Artículo 89' en COBO DEL ROSAL, M. (DIR.) *Comentarios al Código Penal*. Tomo III. Edersa, Madrid.

POZA CISNEROS, M. (1996) 'Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad' en POZA CISNEROS, M. (DIR.) *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*. Consejo General del Poder Judicial.

PUENTE SEGURA, L. (2009) 'Suspensión y sustitución de las penas'. *La Ley*, Madrid.

RODRÍGUEZ BALADO, E. (2011) 'La intervención de la jurisdicción penal en el ámbito de la expulsión de extranjeros: autorización de la expulsión administrativa y autorización sustitutiva'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 26.

RODRÍGUEZ CANDELA, J. L. (1998) 'La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal'. *Jueces para la democracia*, nº 33.

RODRÍGUEZ MESA, M^a. J. (2006) 'La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica' en RODRÍGUEZ MESA, M^a.J., RUIZ RODRÍGUEZ, L.R., *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. Tirant monografías, Valencia.

RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M. (2010) 'La nueva legislación de extranjería e inmigración'. *La Ley*, nº 7423.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (2011) 'El sistema penal y sus políticas de arraigo- desarraigo ante la delincuencia de inmigrantes'. Los actores de las políticas sociales en contextos de transformación. III Congreso anual de la REPS.

- ROIG TORRES, M (2014) '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.
- ROLDÁN BARBERO, H. (2010) 'El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España'. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.
- ROMA VALDÉS, A. (1999) 'La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros'. *Actualidad penal*, nº 45.
- ROMÁN PUERTA, L. (2003) 'Duplicidad sancionadora. Administrativa y Penal. 'Non bis in idem'' en MARTÍN PALLÍN, J.A. (DIR.) 'Extranjeros y Derecho Penal'. Consejo General del Poder Judicial. *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº4, Madrid.
- RUIZ LEGAZPI, A. (2004) 'Algunas reflexiones en torno a la expulsión y repatriación de menores extranjeros'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 5.
- SALVADOR CONCEPCIÓN, R. (2012) 'Problemas que presenta la expulsión del extranjero como medida sustitutiva a su condena penal...'. *Derecho y Proceso Penal*, nº 28.
- SALVADOR CONCEPCIÓN, R. (2014) 'El inmigrante ante la expulsión penal'. *Revista de Derecho UNED*, nº 14.
- SALINERO ECHEVARRÍA, S. (2011) 'La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile'. *Política Criminal*. Vol. 6, nº 11.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. (2005) 'La protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros'. *La Ley*, nº 6254.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., (2004) *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- SELMA PENALVA, A. (2014) 'La expulsión de extranjeros no europeos del territorio español. Respuesta jurisprudencial ante situaciones atípicas'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 37.
- SILVEIRA GORSKI, H. C. (2003) 'Inmigración y derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía' en BERGALLI, R. (COORD.) *Sistema penal y problemas sociales*. Tirant lo Blanch alternativa, Valencia.

- SOLA RECHE, E. (2002) 'Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social' en LAURENZO COPELLO, P (Coord.) *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SOLAR CALVO, P. (2010) 'Globalización y derecho penitenciario'. *La Ley*, nº 74.
- S.OS. RACISMO (2004) '*Informe anual 2004 sobre el racismo en el Estado español*'.
- TAJADURA TEJADA, J. (2004) 'Constitución y Extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 7.
- TERRÁDEZ SALOM, D. (2012) 'El consejo de Europa y la integración de los inmigrantes: recomendaciones y políticas'. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 31.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M, (2006) 'Extranjería, inmigración y sistema penal', en RODRIGUEZ MESA, M^a.J., RUIZ RODRÍGUEZ, L.R., *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. Tirant monografías, Valencia.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2007) 'Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina' en FARALDO CABANA, P. *Derecho Penal de excepción. Terrorismo e inmigración*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- TORRES FERNÁNDEZ, M^a. T., (2012) 'La expulsión de extranjeros en derecho penal'. *La Ley*, Madrid.
- ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J. (2006) 'La modificación del régimen de expulsión de extranjeros como sustitutivo de la pena de prisión en la reforma del Código Penal'. *La Ley*, nº: 6577.
- VALENZUELA RATIA, D. (2003) 'La delincuencia de extranjeros'. *Actualidad Penal*. nº 20.
- VIDAL FUEYO, M^a. C. (2009) 'La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de Derechos Fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007'. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.; GUI SOLA LERMA, C. (2010) 'Sustitución de la pena: arts. 89 y 108 del CP' en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (DIRS.) (2010) *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M y ROCA ROCA, E. (COORD.) (2001) *Los Derechos Humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*. Universidad de Granada.

NORMATIVA ESTATAL.

- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social.
- Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, hecho en Madrid el 13 de febrero de 1992.
- Ley Orgánica 7/1995, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y su integración social.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de Responsabilidad Penal de los menores.
- 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 social.
- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.
- Ley Orgánica 19/ 2003 de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

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

-Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº 66-1, de 4 de octubre de 2013).

-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.

-Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

-Real Decreto de 24 de julio de 1989, por el que se publica el Código Civil.

-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.

-Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma por la Ley Orgánica 2/2009

-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.

-Boletín Oficial de las Cortes Generales de 10 de diciembre de 2014, nº 66-2.

NORMATIVA INTERNACIONAL.

-Convenio Europeo de Derechos Humanos firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Modificado por los Protocolos nos. 11 y 14, completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12 y 13.

-Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, celebrado en Nueva York el 28 de septiembre de 1954.

-Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea firmado en Roma en 1957.

-Convenio Europeo de Extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957, ratificado por España el 21 de abril de 1982.

-Instrumento de Ratificación del Tratado hecho en Lisboa y Madrid el día 12 de junio de 1985, relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

-Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen del 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.

-Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre del 2000.

-Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) de 18 de diciembre de 2000.

-Directiva 2001/40/CE de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

-Directiva 2004/38/CE de 29 de abril, 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.

-Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.

-Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Unión Europea el 13 de diciembre de 2007.

-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

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

-Consulta 1/2001, de 9 de mayo, retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España: alcance y límites.

-Circular 3/2001, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

-Instrucción 3/2003, de 23 de octubre, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo.

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

-Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.

-Circular 3/20156, de 22 de junio sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por la LO 1/2015

-Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2011

-Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2012

FISCALÍAS PROVINCIALES.

-Memoria 2011 de la Sección de Extranjería de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Barcelona.

-Instrucción 2/2011, de 12 de mayo, en materia de extranjería, de la Fiscalía Provincial de Madrid.

DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS.

-Circular de 13 de enero de 1993 sobre Normas generales de tramitación, gestión y seguimiento de referentes al plan de excarcelación y salida de internos extranjeros a su país de origen

-Instrucción 14/2001, de 14 de diciembre, de normas generales sobre internos extranjeros.

-Instrucción 18/2005, de 21 de diciembre, de actualización de la Instrucción 14/2001, de 14 de diciembre.

-Instrucción 05/2008, de 13 de noviembre, de actualización de la Instrucción 18/2005, de 21 de diciembre.

DIRECCIÓN GENERAL DE SERVICIOS PENITENCIARIOS DE CATALUÑA.

-Circular 1/2013, de 5 de abril, de modificación de la Circular 1/2011, de 11 de julio, sobre extranjería en los centros penitenciarios.

DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA.

-Circular 6/2014, de 11 de julio sobre Criterios para solicitar el ingreso de ciudadanos extranjeros en los centros de internamiento.

DATOS ESTADÍSTICOS Y BASES DE DATOS.

-Anuario estadístico de 2013 del Ministerio de Interior.

http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario_Estadistico_2013.pdf/b7606306-4713-4909-a6e4-0f62daf29b5c

-Council of Europe anual penal statistics.

<http://www3.unil.ch/wpmu/space>

-Estadística bàsica de la Direcció General de Serveis Penitenciaris. Generalitat de Catalunya 2013.

http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/departament/estadistiques/serveis_penitenciaris/serveis_penitenciaris_2013.pdf

-Estadística bàsica de la Direcció General de Serveis Penitenciaris. Generalitat de Catalunya 2014.

http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/departament/estadistiques/serveis_penitenciaris/dades_sp_2014.pdf

-Instituto Nacional de Estadística. <http://www.ine.es>

-Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

NOTICIAS DE PRENSA.

-Así se expulsa a un extranjero: ‘cuatro días de viaje a Ecuador, dos policías, 96 euros de dieta. Diario 20 minutos. Noticia publicada el 2 de abril de 2013. Recurso electrónico disponible en:

<http://www.20minutos.es/noticia/1773695/0/extranjeros-expulsados/avion-policia/identificaciones/>

-Interior pagará 12 millones al año a Air Europa y Swiftair por repatriar a sin papeles. La marea. Noticia publicada el 21 de agosto de 2015. Recurso electrónico disponible en:

<http://www.lamarea.com/2013/03/11/interior-pagara-12-millones-al-ano-a-air-europa-y-swiftair-por-el-traslado-de-sin-papeles/>

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

- Asunto SOERING contra REINO UNIDO. STEDH 7 de julio de 1989 (TEDH 1989\13).
- Asunto MOUSTAQUIM contra BÉLGICA. STEDH de 18 de febrero de 1991 (TEDH 1991\3).
- Asunto CRUZ VARAS contra SUECIA. STEDH 20 de marzo de 1991 (TEDH 1991\27).
- Asunto BOUCHELKIA contra FRANCIA. STEDH 29 de enero de 1997 (TEDH 1997\7).
- Asunto MEHEMI contra FRANCIA. STEDH de 26 de septiembre de 1997 (TEDH 1997\80)
- Asunto BOUJLIFA contra FRANCIA. STEDH 21 de octubre de 1997 (TEDH 1997\86).
- Asunto BENSALD contra REINO UNIDO. STEDH de 6 de febrero de 2001 (TEDH 2001\82).
- Asunto BOULTIF contra SUIZA. STEDH de 2 de agosto de 2001 (TEDH 2001\502).
- Asunto KALANTARI contra ALEMANIA. STEDH de 11 de octubre de 2001 (TEDH 2001\593).
- Asunto AL-ADSANI contra REINO UNIDO. STEDH de 21 de noviembre de 2001 (TEDH 2001\763).
- Asunto K.K.C contra HOLANDA. STEDH de 21 de diciembre de 2001 (TEDH 2001\888).
- Asunto SEN contra HOLANDA. STEDH de 21 de diciembre de 2001 (TEDH 2001\887).
- Asunto CONKA contra BÉLGICA. STEDH de 5 de febrero de 2002 (TEDH 2002\5).
- Asunto AL-NASHIF contra BULGARIA. STEDH de 20 de junio de 2002 (JUR 2002\169254).

-Asunto JAKUPOVIC contra AUSTRIA. STEDH 6 de febrero de 2003 (JUR 2003\22609).

-Asunto RADOVANOVIC contra AUSTRIA. STEDH 22 de abril de 2004 (TEDH 2004\29).

-Asunto MASLOV contra AUSTRIA. STEDH de 22 de marzo de 2007 (TEDH 2007\21)

-Asunto ERME contra SUIZA. STEDH de 22 de mayo de 2008 (TEDH 2008\33).

-Asunto HIRSI JAMAA y OTROS contra ITALIA. STEDH de 23 de febrero de 2012 (JUR 2012\68517).

-Asunto EL-MASRI contra MACEDONIA. STEDH 13 de diciembre de 2012 (JUR 2012\394168).

-Asunto SOUZA RIBEIRO contra FRANCIA. STEDH de 13 de diciembre de 2012 (JUR 2012\394169).

-Asunto M.E contra FRANCIA. STEDH de 6 de junio de 2013 (JUR 2013\177183).

-Asunto A.C y OTROS contra ESPAÑA. STEDH de 22 de abril de 2014 (TEDH 2014\23).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

-Asunto LAND BADEN-WÜRTTEMBERG contra PANAGIOTIS TSAKOURIDIS. STJUE de 23 noviembre 2010 (TJCE 2010\354).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

-Sentencia 2/1981, de 30 de enero (RTC 1981\2).

-Sentencia 8/1982, de 4 de marzo (RTC 1982\8).

-Sentencia 107/1985, de 7 de octubre (RTC 1985\107)

-Sentencia 99/1985, de 30 de septiembre (RTC 1985\99).

-Sentencia 115/1987, de 7 de julio (RTC 1987\115).

-Sentencia 136/1999, de 20 de julio (RTC 1999\136).

-Sentencia 242/1994, de 20 de julio (RTC\1994\242)

- Auto 106/1997, de 17 de abril (RTC\1997\106 AUTO)
- Auto 331/1997, de 3 de octubre (RTC 1997\331)
- Sentencia 203/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997\203).
- Sentencia 24/2000, de 31 de enero (RTC 2000\24).
- Sentencia 145/2006, de 8 de mayo (RTC 2006\145).
- Sentencia 48/2007, de 12 de marzo (RTC 2007\48).
- Sentencia 110/2009, de 11 de mayo (RTC 2009\110).
- Sentencia 17/2013, de 31 de enero (RTC 2013\17).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

- Sentencia 929/1998, de 13 de julio (RJ1998\5837).
- Sentencia 919/1999, de 2 de junio (RJ 1999\5453).
- Sentencia 1144/2000, de 4 de septiembre (RJ 2000\9767).
- Sentencia 1381/2000, de 11 de septiembre (RJ 2000\7751).
- Sentencia 901/2004 de 8 de julio (RJ 2004\4291).
- Auto 1556/2004, de 20 de julio (JUR 2004\276605)
- Auto 1472/2004, de 23 de septiembre (RJ 2004\7489).
- Sentencia 1207/2004, de 11 de octubre (RJ 2004\7890).
- Sentencia 1249/2004, de 28 de octubre (RJ 2004\7050).
- Sentencia 1546/2004, de 21 de diciembre (RJ 2004\8219).
- Sentencia 225/2005, de 24 de febrero (RJ 2005\1901).
- Sentencia 636/2005, de 17 de mayo (RJ 2005\5813).
- Sentencia 710/2005, de 7 de junio (RJ 2005\4426).
- Sentencia 906/2005, de 8 de julio (RJ 2005\9204)
- Sentencia 1120/2005, de 28 de septiembre (RJ 2005\8386).
- Sentencia 1162/2005, de 11 de octubre (RJ 2005\9955).
- Auto 2440/2005, de 7 de noviembre (JUR 2006\470).

- Sentencia 1400/2005, de 23 de noviembre (RJ 2006\728).
- Sentencia 172/2006 de 17 de febrero (RJ 2006\4464).
- Sentencia 601/2006, de 31 de mayo (RJ 2006\3321).
- Sentencia 274/2006, de 3 de marzo (RJ 2006\5687).
- Sentencia 366/2006, de 30 de marzo (RJ 2006\2130).
- Sentencia 832/2006, de 24 de julio (RJ 2006\6086).
- Sentencia 1099/2006, de 13 de noviembre (RJ 2006\7145).
- Sentencia 1231/2006, de 23 de noviembre (RJ 2007\436)
- Sentencia 1177/2006, de 1 de diciembre (RJ 2007\78).
- Sentencia 35/2007, de 25 de enero (RJ 2007\258).
- Sentencia 108/2007, de 13 de febrero (RJ 2007\1248).
- Sentencia 166/2007, de 14 de febrero (RJ 2007\2178).
- Sentencia 140/2007, de 26 de febrero (RJ 2007\2648).
- Sentencia 487/2007, de 29 de mayo (RJ 2007\3597).
- Sentencia 682/2007, de 18 de julio (RJ 2007\5166).
- Sentencia 806/2007, de 18 de octubre (RJ 2008\254).
- Sentencia 1116/2007, de 29 de noviembre (RJ 2008\1067).
- Sentencia 125/2008, de 20 de febrero (RJ 2008\1323).
- Sentencia 792/2008, de 4 de diciembre (RJ 2008\7284).
- Sentencia 165/2009, de 19 de febrero (RJ 2009\1776).
- Sentencia 498/2009, de 30 de abril (RJ 2009\3487).
- Sentencia 648/2009, de 23 de junio (RJ 2009\6671).
- Auto 1527/2009, de 25 de junio (JUR 2009\328132).
- Sentencia 1027/2009, de 22 de octubre (RJ 2009\7789).
- Sentencia 1216/2009, de 3 de diciembre (RJ 2010\2015).
- Sentencia 389/2010, de 20 de abril (RJ 2010\5048).

- Sentencia 379/2010, 21 de abril (RJ 2010\4910).
- Sentencia 439/2010, de 12 de mayo (RJ 2010\5188).
- Sentencia 521/ 2010, de 26 de mayo (RJ 2010\6154).
- Sentencia 531/2010, de 4 de junio (RJ 2010\6640).
- Sentencia 791/2010, de 28 de septiembre (RJ 2010\7636).
- Sentencia 842/2010, de 30 de septiembre (RJ 2010\76539).
- Sentencia 827/2010, de 30 de septiembre (RJ 2010\7655).
- Sentencia 853/2010, de 15 de octubre (RJ 2010\8151).
- Sentencia 1016/2010, de 24 de noviembre (RJ 2010\9032).
- Sentencia 25/2011, de 1 de febrero (RJ 2011\1581).
- Sentencia 884/2011, de 22 de julio (RJ 2011\6310).
- Sentencia 588/2012, de 29de junio (RJ 2012\7071).
- Sentencia 918/2012, de 10 de octubre (RJ 2013\1435).
- Auto 1965/2014, de 20 de noviembre (JUR 2015\22503).

RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.

- Sentencia 58/2006 de la AP de Castellón de 7 de febrero (ARP2006\218).
- Sentencia 375/2009 de la AP de Madrid de 9 de julio (JUR 2004\270215).
- Sentencia 503/ 2013 de la AP de Barcelona de 13 de mayo (JUR 2013\266902).
- Sentencia 447/2013 de la AP de Barcelona de 26 de junio (JUR 2013\330571).

RESOLUCIONES DE LOS JUZGADOS DE LO PENAL

- Sentencia 593/2012, de 11 de diciembre del Juzgado de lo penal nº 20 de Barcelona⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ No se ha encontrado la referencia ARANZADI. Se ha optado por utilizar el documento por disponer de él en formato papel, ya que se obtuvo durante la realización del trabajo de campo. Dicha resolución está en conexión con la SAP 447/2013 de 26 de junio.

ANEXOS

ANEXO I. Variables recopiladas en los expedientes de ejecutorias que tenían un procedimiento de expulsión del art. 89 del CP⁴⁰¹

N° Variable	Nombre	Etiqueta	Categorías	Tipo
1	Juz_Nº	Número de Juzgado	(1) Juzg.12, (2) Juzg.15, (3) Juzg.21, (4) Juzg.24 (9) ND	Nominal
2	Eje_Nº	Número de Ejecutoria	(9) ND	Escala
3	Eje_Año	Año de la Ejecutoria	(1) 2009, (2) 2010, (3) 2011 (4) 2012, (9) ND	Nominal
4	ST_Año	Año de la Sentencia	(1) 2008, (2) 2009, (3) 2010 (4) 2011, (5) 2012 (9) ND	Escala
5	ST_Data	Fecha de la Sentencia	(09.09.1999) ND	Escala
6	ST_Confor	Sentencia en conformidad	(1) SI, (2) NO, (9) ND	Nominal
7	Data_Hec	Fecha de la comisión de los hechos	(09.09.1999) ND	Escala
8	ST_S.Adm	Situación administrativa en fecha comisión hechos	(1) Regular, (2) Irregular, (9) ND	Nominal
9	ST_Docum	Documentado en sentencia	(1) NO, (2) SI, (9) ND	Nominal
10	S.Procesal	Situación procesal penal	(1) Libertad por esta causa, (2) Preso por esta causa, (3) Preso por esta y otras causas, (4) Libertad por esta y preso por otras causas, (9) ND	Nominal
11	Sexo	Sexo	(1) Hombre, (2) Mujer, (9) ND	Nominal
12	Nacionalidad	Nacionalidad	(P) ND	Nominal
13	Nacio_Cont	Nacionalidad por continentes	(1) África, (2) Asia, (3) Centroamérica y América del Sur, (4) EEUU y Canadá, (5) Europa, (6) Oceanía, (9) ND	Nominal
14	Ant_penal	Antecedentes penales	(1) SÍ, vivos, (2) NO, (3) SÍ, no computables, (9) ND	Nominal

⁴⁰¹ Leyenda. ND: No hay datos, NC: No cabe

N° Variable	Nombre	Etiqueta	Categorías	Tipo
15	Exp_MF	Solicitud del MF de la sustitución por expulsión	(1) SI, (2) NO, (3) SI, Art. 89.5 CP, (9) ND	Nominal
16	Asist_JO	Asistencia del acusado al juicio oral	(1) SI, (2) NO, (9) ND	Nominal
17	ST_V.Arraigo	Valoración de las circunstancias personales en sentencia	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal
18	Aport_doc	Aportación de documentación en sentencia para valorar las circunstancias personales (extranjeros)	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal
19	Resul_Arraigo	Resultado de la valoración de las circunstancias personales	(1) Positivo, (2) Negativo, (9) ND	Nominal
20	Delito_1	Delito cometido (principal)	(P) ND	Nominal
21	Delito_1.1	Delito cometido (principal) por categorías	(1) Agresión sexual, (2) Amenazas, (3) Amenazas ámbito familiar, (4) Atentado a la autoridad, (5) Coacciones, (6) Conducción temeraria, (7) Contra la propiedad intelectual, (8) Contra la propiedad industrial, (9) Contra la seguridad vial, (10) Daños (por incendio), (11) Desórdenes públicos, (12) Falsedad documental, (13) Hurto, (14) Hurto (con agravante), (15) Lesiones, (16) Lesiones ámbito familiar, (17) Maltrato ámbito familiar, (18) Quebrantamiento de condena, (19) Receptación, (20) Robo, (21) Salud Pública, (22) Salud Pública (sustanc. que no causas grave daño a la salud), (23) Tentativa Robo, (24) Tentativa Hurto, (99) ND	Nominal
22	Delito_2	Delito cometido (segundo)	(3) NC, (9) ND	Nominal

N° Variable	Nombre	Etiqueta	Categorías	Tipo
23	Delito_2.1	Delito cometido (segundo) por categorías	(1) Agresión sexual, (2) Amenazas, (3) Amenazas ámbito familiar, (4) Atentado a la autoridad, (5) Coacciones, (6) Conducción temeraria, (7) Contra la propiedad intelectual, (8) Contra la propiedad industrial, (9) Contra la seguridad vial, (10) Daños (por incendio), (11) Desórdenes públicos, (12) Falsedad documental, (13) Hurto, (14) Hurto (con agravante), (15) Lesiones, (16) Lesiones ámbito familiar, (17) Maltrato ámbito familiar, (18) Quebrantamiento de condena, (19) Receptación, (20) Robo, (21) Salud Pública, (22) Salud Pública (sustanc. que no causas grave daño a la salud), (23) Tentativa Robo, (24) Tentativa Hurto, (99) ND	Nominal
24	Condena_1	Condena delito principal (en meses)	(0) ND	Nominal
25	Condena_2	Condena del segundo delito (en meses)	(3) NC, (0) ND	Nominal
26	Condena_T	Condena total (en meses)	(999) ND	Nominal
27	ST_Expulsion	Sustitución en sentencia de la pena privativa por la expulsión	(1) SI, (2) NO, (9) ND	Nominal
28	Durac.N.Reg	Años de duración de no regreso	(99) ND	Nominal
29	AP_Recurso	Recurso a la Audiencia Provincial	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal
30	AP_Data	Fecha de resolución de la Audiencia Provincial	(09.09.2999) NC, (09.09.1999) ND	Escala
31	AP_Fallo	Fallo de la Audiencia Provincial	(1) Estimar recurso, (2) Desestimar recurso, (3) Estimación parcial, (4) NC, (9) ND	Nominal
32	AP_Exp	Revocación de la expulsión por la AP	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal
33	AP_N.Reg	Variación de la duración de no regreso	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal
34	Nueva_N.Reg	Nueva duración de no regreso	(3) NC, (9) ND	Nominal
35	AP_Condena	Variación de la condena	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal
36	Nueva_Condena	Nueva condena	(3) NC, (P) ND	Nominal

N° Variable	Nombre	Etiqueta	Categorías	Tipo
37	Auto_Data	Fecha del Auto	(09.09.1999) ND	Escala
38	Auto_S.Adm	Situación administrativa en auto	(1) Regular, (2) Irregular, (3) NC, (9) ND	Nominal
39	Indoc_Auto	Indocumentado en auto	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal
40	Sol_Comp	Solicitud de comparecencia en auto	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal
41	Asist_Comp	Asistencia de comparecencia en auto	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal
42	Auto_V.Arraigto	Valoración de las circunstancias personales en auto	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal
43	Auto_S.Doc	Solicitud de aportación de documentación en auto	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal
44	Auto_A.Doc	Aportación de documentación en auto para valorar las circunstancias personales (extranjeros)	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal
45	R.Arraigto_A	Resultado de la valoración de las circunstancias personales	(1) Positivo, (2) Negativo, (3) NC (9) ND	Nominal
46	Resol_Auto	Resolución del auto	(P) ND	Nominal
47	Sol_CIE	Solicitud de ingreso en CIE	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal
48	Lugar_ingreso	Lugar de ingreso (CIE, CP)	(1) CIE, (2) CP, (3) CIE/ CP, (4) NC, (5) No entra, (6) No se solicita	Nominal
49	Ingreso_CIE	Ingreso en CIE	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal
50	Ingreso_Dias	Días solicitados de ingreso en CIE	(1) 30, (2) 60, (3) 30 más prórroga 30, (4) NC, (5) 60 más prórroga 15, (6) 30 más prórroga 30 + 30, 89) ND	Nominal
51	Durac_CIE_E	Fecha de entrada en CIE	(09.09.1999) ND	Escala
52	Durac_CIE_S	Fecha de salida CIE	(09.09.1999) ND	Escala
53	Durac_CIE_Real	Días reales de ingreso en CIE	(999) ND	Escala
54	Sol_CP	Solicitud de ingreso en Centro Penitenciario	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal
55	Ingreso_CP	Ingreso en Centro Penitenciario	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal

Nº Variable	Nombre	Etiqueta	Categorías	Tipo
56	Ingreso_Días	Días solicitados de ingreso en Centro Penitenciario	(1) 30, (2) 60, (3) 30 más prórroga 30, (4) NC, (5) 60 más prórroga 15, (6) 30 más prórroga 30 + 30, 89) ND	Nominal
57	Durac_CP_E	Fecha de entrada en Centro Penitenciario	(09.09.1999) ND	Escala
58	Durac_CP_S	Fecha de Salida en Centro Penitenciario	(09.09.1999) ND	Escala
59	Durac_CP_Real	Días reales de ingreso en Centro Penitenciario	(999) ND	Escala
60	Materializac_Ex	Materialización de la expulsión	(1) SI, (2) NO, (9) ND	Nominal
61	P.Fronterizo	Puesto fronterizo	(1) BCN_Pratt, (2) Madrid, (3) NC, (4) Ceuta, (5) Valencia, (6) Almería, (9) ND	Nominal
62	Exp_Data	Fecha de la expulsión	(09.09.1999) ND	Escala
63	Documentac	Documentación en el momento de la expulsión	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal
64	Busca_Capt	En Busca y captura	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal
65	Inexpulsable	Inexpulsable	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal
66	Causas_Inex	Causas de inexpulsabilidad	(1) Negación del consulado, (2) Residente regular, (3) Falta de documentación, (4) Problemas en el avión, (5) Tiene causas pendientes, (6) NC, (7) Revocación en auto, (8) Revocación por AP, (9) ND, (10) Fallecimiento, (11) No hay vuelos, (12) Ya ha sido expulsado, (13) Art. 57.6 Ley de Extranjería, (14) Causas médicas, (15) Superación tiempo máximo en CIE	Nominal
67	Revoca_Exp	Revocación de la expulsión por la AP	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal
68	Susp_Cond	Suspensión de la condena	(1) SI, (2) NO, (3) NC, (9) ND	Nominal
69	Condena_Final	Cumplimiento final	(P) ND	Nominal
70	Decreto_gub	Decreto gubernativo de expulsión	(1) SI, (2) NO, (9) ND	Nominal

N° Variable	Nombre	Etiqueta	Categorías	Tipo
71	D.Gub_N°	N° de decreto/s gubernativo/s	(3) NC, (9) ND	Nominal
72	Data_Ult_DG	Fecha último decreto gubernativo	(09.09.1999) ND	Escala
73	Sit_Ejec	Situación de la ejecutoria	81) Arch, (2) Trámite, (3) BC, (9) ND	Nominal

ANEXO II. Batería de preguntas realizadas en las entrevistas a los diferentes profesionales.

1. Entrevista al Juez del juzgado de lo penal número 20. Día: 14 de febrero de 2014.

-¿Cree que es adecuada la medida de expulsión de extranjeros dentro del ordenamiento penal?

-¿Cuál cree que es la finalidad de esta medida en el Derecho Penal?

-¿Cree que la medida (en ambas modalidades) vulnera algún principio del derecho penal o del derecho constitucional? Y ¿Algún derecho del extranjero?

-A la hora de plantearse la sustitución por expulsión ¿Qué criterios utiliza para acordar la medida de expulsión?

-¿Utiliza criterios para valorar el arraigo social del extranjero? ¿Cuáles?

-¿Considera adecuado proceder a la sustitución por expulsión en los juicios en ausencia del extranjero?

-¿Qué criterios utiliza para acordar los años de no regreso?

-Analizando tanto las estadísticas oficiales como los datos obtenidos en mi investigación se observa que la materialización de la expulsión es mucho menor que las solicitudes del MF y las resoluciones judiciales. (Analizando los datos oficiales del año 2012 en Cataluña se produjeron 1271 escritos solicitando la expulsión, 334 sentencias resolvieron de manera favorable y se materializaron 209 expulsiones).

a) ¿A qué cree que se debe?

b) ¿Tiene en cuenta estos datos para valorar la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión?

-Según los datos de mi investigación, en el 38,95% no se ha procedido a la expulsión porque se ha negado el consulado del país receptor por falta de documentación. ¿Esto se tiene en cuenta para acordar la sustitución por expulsión?

-Según los datos de mi investigación, en el 61,40% no se ha materializado la expulsión. En estos supuestos, en el 24,21% se procede a acordar suspensión de la condena. ¿Qué valoración hace de esto? Es decir, ¿No persiguen finalidades distintas? ¿Cree que es incongruente?

-En los supuestos que se acuerde la modalidad del art. 89.5 del CP, y el extranjero este de acuerdo con la medida de expulsión. ¿Se valora la posibilidad de cumplimiento en país de origen?

-¿Qué mejoraría sobre la sustitución de la medida de expulsión en el Derecho Penal?

2. Entrevista al juez del juzgado de lo penal nº 21 (ejecución). Día: 24 de enero de 2014.

-¿Cree que es adecuada la medida de expulsión de extranjeros dentro del ordenamiento penal?

-¿Cuál cree que es la finalidad de esta medida en el Derecho Penal?

-¿Cree que la medida (en ambas modalidades) vulnera algún principio del derecho penal o del derecho constitucional? Y ¿Algún derecho del extranjero?

-¿Y por ejemplo el principio de *non bis in ídem* en el caso del art. 89.5 del CP?

-¿Hay algún derecho del extranjero que se vulnera con la expulsión?

-¿Se pone por delante la política de control de fronteras frente a los principios del derecho penal, no debería de ser el sistema penal el garante de que se respeten estos principios?

-¿La expulsión es un castigo o es un premio?

-Cuando le llega una causa en la que se ha decretado la sustitución por expulsión, ¿Cómo procede?

En los supuestos que deje sin efecto la sustitución por expulsión, ¿Qué criterios valora?

Analizando tanto las estadísticas oficiales como los datos obtenidos en mi investigación se observa que la materialización de la expulsión es mucho menor que las solicitudes del MF y las resoluciones judiciales. (Analizando los datos oficiales del año 2012 en Cataluña se produjeron 1271 escritos solicitando la expulsión, 334 sentencias resolvieron de manera favorable y se materializaron 209 expulsiones).

a) ¿A qué cree que se debe? Porque se sigue aplicando

b) ¿Tiene en cuenta estos datos para mantener/dejar sin efecto la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión?

-Según los datos de mi investigación, en el 38,95% no se ha procedido a la expulsión porque se ha negado el consulado del país receptor por falta de documentación. ¿Esto se tiene en cuenta para mantener/dejar sin efecto la sustitución por expulsión?

-Según los datos de mi investigación, en el 61,40% no se ha materializado la expulsión. En estos supuestos, en el 24,21% se procede a acordar suspensión de la condena. ¿Qué

valoración hace de esto? Es decir, ¿No persiguen finalidades distintas? ¿Cree que es incongruente?

-En los supuestos que se acuerde la modalidad del art. 89.5 del CP, y el extranjero este de acuerdo con la medida de expulsión. ¿Se valora la posibilidad de cumplimiento en país de origen?

-¿Cree que se podría mejorar la medida de expulsión contemplada en el art. 89 del CP? ¿De qué manera?

3. Entrevista al Fiscal de la Audiencia provincial de Barcelona. Día: 15 de mayo de 2014.

-¿Cree que es adecuada la medida de expulsión de extranjeros dentro del ordenamiento penal?

-¿Cuál cree que es la finalidad de esta medida en el Derecho Penal?

-¿Cree que la medida (en ambas modalidades) vulnera algún principio del derecho penal o del derecho constitucional? Y ¿Algún derecho del extranjero?

-A la hora de plantearse la sustitución por expulsión ¿Qué criterios utiliza para solicitar la medida de expulsión?

-¿Cómo valora el arraigo social del extranjero? ¿TEDH?

-¿Considera adecuado proceder a la sustitución por expulsión en los juicios en ausencia del extranjero? ¿Hay dejadez por parte de los abogados?

-Analizando tanto las estadísticas oficiales como los datos obtenidos en mi investigación se observa que la materialización de la expulsión es mucho menor que las solicitudes del MF y las resoluciones judiciales. (Analizando los datos oficiales del año 2012 en Cataluña se produjeron 1271 escritos solicitando la expulsión, 334 sentencias resolvieron de manera favorable y se materializaron 209 expulsiones).

a) ¿A qué cree que se debe?

b) ¿Tiene en cuenta estos datos para solicitar la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión?

-Según los datos de mi investigación, en el 72% no se ha procedido a la expulsión porque se ha negado el consulado del país receptor por falta de documentación. ¿Esto se tiene en cuenta para acordar la sustitución por expulsión?

-Según los datos de mi investigación, en el 61,40% no se ha materializado la expulsión. En estos supuestos, en el 24,21% se procede a acordar suspensión de la condena. ¿Qué

valoración hace de esto? Es decir, ¿No persiguen finalidades distintas? ¿Cree que es incongruente?

-En los supuestos que se acuerde la modalidad del art. 89.5 del CP, y el extranjero este de acuerdo con la medida de expulsión. ¿Se valora la posibilidad de cumplimiento en país de origen?

-¿Qué mejoraría sobre la medida de expulsión en el Derecho Penal? ¿Y sobre el procedimiento?

4. Entrevista a la Responsable de Extranjería de la DGSP. Día: 25 de febrero de 2014.

-¿Cree que es adecuada la medida de expulsión de extranjeros dentro del ordenamiento penal?

¿Cuál cree que es la finalidad de esta medida en el Derecho Penal?

¿Cree que la medida (en ambas modalidades) vulnera algún principio del derecho penal o del derecho constitucional? Y ¿Algún derecho del extranjero?

¿Cómo se procede en prisión cuando el extranjero está condenado a la modalidad parcial de expulsión?

En los supuestos que se acuerde la modalidad del art. 89.5 del CP, y el extranjero este de acuerdo con la medida de expulsión. ¿Se valora la posibilidad de cumplimiento en país de origen?

¿Qué mejoraría sobre la medida de expulsión en el Derecho Penal? ¿Y sobre el procedimiento?

5. Entrevista a la Inspectora de la UCRIF de la Policía Nacional. Día: 4 de febrero de 2014.

-¿Cree que es adecuada la medida de expulsión de extranjeros dentro del ordenamiento penal?

-¿Cuál es la media de días de internamiento en CIE?

-¿Han aumentado o han disminuido los ingresos en el CIE?

-¿Con qué países hay más problemas para poder materializar la expulsión? Y con ¿Qué países menos?

-¿Cuánto le cuesta al Estado de media el traslado de un extranjero?

-¿Un mismo extranjero entra más de una vez al CIE? ¿Qué porcentaje reinciden?

- ¿Saben si hay consulados que se niegan a que se proceda a la expulsión?
- ¿Cuánto le cuesta al Estado el internamiento de un extranjero en el CIE por día?
- ¿Considera adecuado que sea la Policía Nacional la encargada de los CIEs?
- ¿La policía destinada en los CIEs tienen formación complementaria?
- ¿Los extranjeros llevan escolta cuando se les traslada a los países receptores? Si no, ¿En qué supuestos llevan escolta y en qué supuestos no la llevan?
- ¿Qué procedimiento se lleva a cabo cuando no se puede materializar la expulsión penal? Y en los supuestos por ejemplo que se haya trasladado al extranjero a Ceuta para proceder a la expulsión, y una vez allí no se pueda materializar ¿Se le traslada de nuevo a Cataluña?
- ¿Cómo máximo las personas permanecen 60 días en los centros de internamiento? ¿En algunos supuestos se ha vulnerado este plazo?
- ¿Considera que hay opacidad sobre las condiciones de los CIEs?, ¿Por qué cree que están tan criticados?
- ¿Qué cree que se debería de mejorar en los CIEs?