



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

La expulsión de extranjeros en Derecho penal:
análisis del art. 89 tras la reforma de 2015

AUTOR:

Alberto Castiella Esparza

DIRECTORA

Estrella Escuchuri Aisa

Facultad de Derecho
Año: 2015/2016

Contenido

1. PRESENTACIÓN DEL TRABAJO Y METODOLOGÍA.....	5
2. INTRODUCCIÓN	6
2.1 CONTEXTUALIZACIÓN DEL TRABAJO	6
2.2 RAZONES PARA LA ELECCIÓN DEL TEMA	9
3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	12
3.1 LO 7/1985 de 1 de julio, “Ley de Extranjería”	12
3.2 LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal	13
3.3 LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley de Extranjería	14
3.4 LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros	15
3.5 LO 5/2010, de 22 de junio, que modifica el CP español de 1995.....	17
4. ANÁLISIS DE LA REDACCIÓN ACTUAL DEL ARTÍCULO 89 CP TRAS LA REFORMA OPERADA EN EL CP POR LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO	19
4.1 PRESENTACIÓN DE LA REFORMA	19
4.2 ÁMBITO SUBJETIVO DE LA EXPULSIÓN SUSTITUTIVA.....	21
4.3 ÁMBITO OBJETIVO	22
4.3.1 PENAS DE PRISIÓN INFERIORES A 1 AÑO.....	23
4.3.2 PENAS DE PRISIÓN: DE UN AÑO Y UN DÍA HASTA CINCO AÑOS..	23
4.3.3 PENAS DE PRISIÓN DE DURACIÓN SUPERIOR A CINCO AÑOS	24
4.4 EXCEPCIONES A LA IMPERATIVIDAD DE LA MEDIDA	24
4.4.1 EXCEPCIÓN RELATIVA O DE ORDEN POLÍTICO-CRIMINAL	25
4.4.2 EXCEPCIÓN ABSOLUTA: EXPULSIÓN PROPORCIONADA	26
4.5 RESTRICCIONES PARA CIUDADANOS DE LA UE Y ASIMILADOS.....	29
4.5.1 RÉGIMEN GENERAL.....	29
4.5.2 RÉGIMEN ESPECIAL: CIUDADANOS DE LA UE RESIDENTES MÁS DE DIEZ AÑOS	30
4.5.3 IMPROCEDENCIA DE APLICAR LA EXPULSIÓN SUSTITUTIVA COMPLETA A SUJETOS UE	31
4.6 TIEMPO Y FORMA DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL	31
4.7 PLAZO DE DURACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO	31
4.8 ASEGURAMIENTO CAUTELAR DE LA EJECUCIÓN	32
4.9 IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN.....	32
4.10 QUEBRANTAMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO.....	32
5. CONCLUSIONES Y OPINIÓN PERSONAL.....	33
6. BIBLIOGRAFÍA	38

LISTADO DE ABREVIATURAS

ACAIP: Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones

art.: Artículo

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

cit.: Citado

CP: Código Penal

INE: Instituto Nacional de Estadística Penitenciarias

LO: Ley Orgánica

pág.: Página

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

1. PRESENTACIÓN DEL TRABAJO Y METODOLOGÍA

El presente trabajo aborda el análisis de la nueva redacción del artículo 89 del Código Penal tras su reforma por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que ha introducido el texto vigente en la actualidad. Se trata de un artículo que se ha reformado en numerosas ocasiones y ha sido objeto de duras críticas por tratarse de un tema, cuando menos, controvertido: la posibilidad de sustituir la pena de prisión de un ciudadano extranjero por la expulsión del territorio nacional siempre y cuando se den una serie de circunstancias.

El trabajo se estructura de la siguiente manera. En primer lugar realizaremos una contextualización del tema elegido y la explicación de las causas que nos han llevado a realizar esa elección. En segundo lugar, presentaremos la evolución que ha sufrido el artículo 89 CP a lo largo de las diversas reformas. En tercer lugar, analizaremos en detalle la nueva redacción del artículo. Por último, daremos una opinión personal con base en el conjunto de opiniones, críticas y debates que han surgido al respecto a lo largo de su historia legislativa.

La metodología que seguiremos se puede resumir en:

1) Para la realización del primer punto de este trabajo, procederemos a la lectura de diversos informes y estadísticas sobre el tema de la extranjería en España con la finalidad de tener una idea clara de cuál es el contexto y ámbito en el que nos estamos moviendo. En el primer punto del trabajo también se expondrán los motivos que nos han llevado a seleccionar el tema del trabajo. Estos motivos son de índole personal, pero vienen fundamentados en opiniones, datos, artículos de revistas y recursos electrónicos diversos que tienen como objetivo dar soporte a las razones que estamos aportando.

2) Para la realización del segundo punto del trabajo centrado en la evolución histórica del artículo 89 utilizaremos trabajos académicos que estudian precisamente este asunto y los complementaremos con la lectura de las pertinentes Leyes Orgánicas y sus Exposiciones de Motivos.

3) Para el punto tercero, dedicado al estudio pormenorizado del artículo 89, recurriremos al propio texto vigente en el CP para conocer el tenor literal del

artículo; a manuales y artículos de Derecho Penal que nos puedan ayudar en el estudio; y a una circular de la Fiscalía General del Estado en la que se explican los detalles de la nueva redacción.

4) Para terminar, en el punto cuarto de nuestro trabajo daremos nuestra opinión personal tomando en consideración todos los recursos e instrumentos que hemos utilizado a la hora de realizar este trabajo, ya sean opiniones doctrinales, críticas al artículo, artículos académicos, manuales etc.

2. INTRODUCCIÓN

2.1 CONTEXTUALIZACIÓN DEL TRABAJO

España es un país que ha sido testigo de los fenómenos migratorios tanto desde la perspectiva de receptor como de emisor. Tradicionalmente, España ha sido considerada como una nación de carácter eminentemente emigratorio. Sin embargo, a partir de los años cincuenta, y tras una flexibilización de la política de controles sobre inmigración se vivió el fenómeno inverso: se pasó a recibir inmigrantes de diversa procedencia y culturas que en su búsqueda de mejores condiciones sociales y económicas llegaron a nuestro país¹.

En los años setenta, se comienza a hablar en los países de la Comunidad Europea sobre el cierre de las fronteras y se iniciará la gestación de lo que desde algunos sectores se ha denominado “la Fortaleza Europea”². Se trata de una medida que pretende impedir la llegada de inmigrantes irregulares independientemente de los motivos o circunstancias que les llevan a salir de sus respectivos países de origen. Para ello se invirtieron importantes sumas para financiar sistemas de vigilancia en la periferia de la Unión Europea. Estos sistemas de vigilancia iban desde la fortificación de las fronteras a la creación de un organismo encargado de coordinar a un equipo paneuropeo de guardias de fronteras para patrullar las lindes de la UE.

¹ MUÑOZ RUIZ, J., “La expulsión penal: nuevas tendencias legislativas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2014, n.º 16- 05, pág. 05:2.

² INFORME AMNISTÍA INTERNACIONAL (2014). El coste humano de la Fortaleza Europea: violaciones de Derechos humanos cometidas en las fronteras de Europa contra personas migrantes y refugiada, pág. 5.

Sin embargo, lo que es cierto es que estas medidas no se llevaron hasta sus últimas consecuencias, puesto que la entrada de extranjeros en España se prolongó durante décadas. Así, desde mediados de los años ochenta, España se convierte en país de residencia para un número cada vez mayor de extranjeros. De hecho, de acuerdo con los datos registrados, en los últimos 10 años la población de extranjeros ha aumentado hasta llegar a representar el 12,1% de la población empadronada (más de 5,7 millones de personas) y debido a estos flujos migratorios España se ha posicionado en segundo lugar, únicamente por detrás de Alemania, como el Estado Miembro de la UE (UE-27) en cuanto al número de residentes extranjeros³.

POBLACIÓN TOTAL: NACIONAL Y EXTRANJERA

Columna1	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
TOTAL	44.009.969	44.784.659	45.668.938	46.239.271	46.486.621	46.667.175	46.818.216	46.727.890	46.512.199	46.439.864
Españoles	40.079.053	40.335.225	40.582.643	40.852.612	41.084.042	41.354.734	41.582.186	41.655.210	41.835.140	41.992.012
Extranjeros	3.930.916	4.449.434	5.086.295	5.386.659	5.402.579	5.312.441	5.236.030	5.072.680	4.677.059	4.447.852
Peso relativo (%)										
Españoles	91,1%	90,1%	88,9%	88,4%	88,4%	88,6%	88,8%	89,1%	89,9%	90,4%
Peso relativo (%)										
Estranjeros	8,9%	9,9%	11,1%	11,6%	11,6%	11,4%	11,2%	10,9%	10,1%	9,6%

Ilustración 1 Datos del INE. Elaboración propia

³ MORENO FUENTES, F. y BRUQUETAS CALLEJO, M., *Inmigración y estado de bienestar en España*, Barcelona, Obra Social la Caixa, 2011, pág. 13.

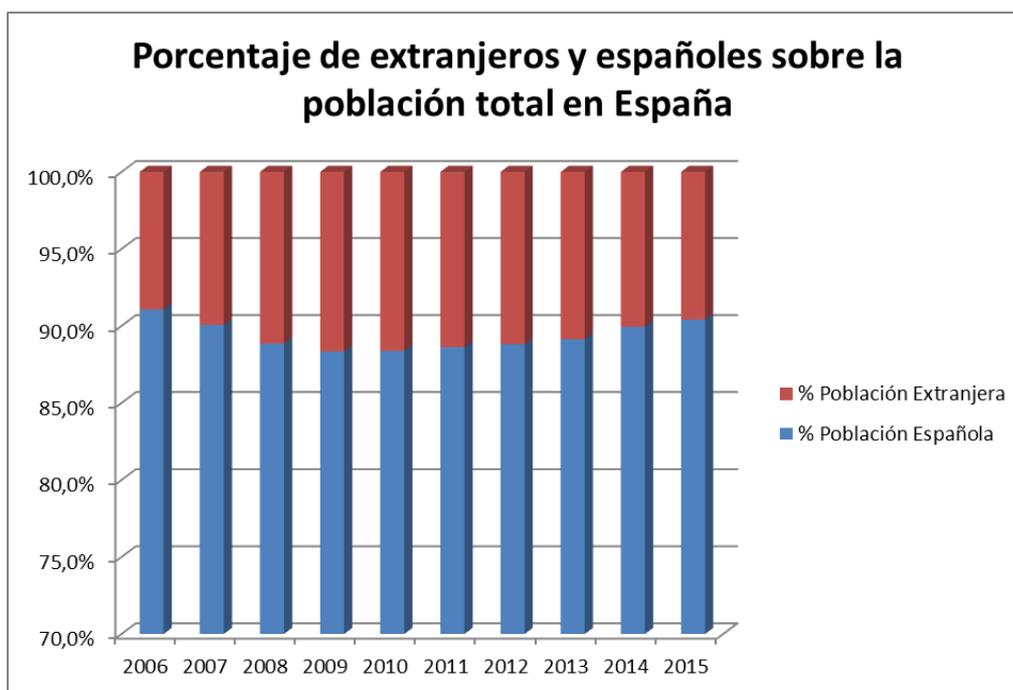


Ilustración 2: Datos procedentes INE; elaboración propia

Todo ello nos lleva a considerar que España, con 4.447.852 extranjeros en 2015⁴, es, como apunta SALINERO ECHEVARRÍA, un Estado multicultural, multirracial, con múltiples religiones y lenguas o idiomas⁵. Los inmigrantes en su conjunto (tanto los que se encuentran en situación regular como los que no) contribuyen de distintas maneras en distintos ámbitos de la sociedad: laborales, culturales, educacionales, entre otros muchos. Pero no es menos cierto que la importancia cuantitativa y cualitativa de los flujos migratorios plantea múltiples cuestiones y constituye un deber para los poderes públicos, que con el debido cuidado deben abordar su tratamiento y ordenación para que los posibles perjuicios que puedan surgir como consecuencia de estos movimientos (racismo, xenofobia, marginalidad, delincuencia) sean subsanados o mitigados y en su lugar se pueda conseguir la racionalización, integración, disfrute de derechos en igualdad y recíproco beneficio⁶.

En resumen, la presencia de extranjeros en cualquier Estado del mundo es una realidad, y evidentemente tiene sus beneficios y suscita problemas. Es tarea de los poderes públicos ponderar de manera correcta todos los intereses que están en juego e intentar llegar a una solución lo más justa y equilibrada posible.

⁴ Notas de prensa del Instituto Nacional de Estadística, 25 de junio de 2015.

⁵ SALINERO ECHEVARRÍA, S., “La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”, en *Política Criminal*, n. ° 11 (julio 2011), pág. 107.

⁶ Circular 2/2006, de la Fiscalía General del Estado, de 27 de julio.

2.2 RAZONES PARA LA ELECCIÓN DEL TEMA

El tema seleccionado es, desde nuestro punto de vista, un tema muy interesante y de candente actualidad. A continuación presentamos los motivos personales que nos han llevado a esta elección:

A) En primer lugar, la presencia de extranjeros en cualquier Estado del mundo es una realidad que genera tanto problemas como beneficios. Como es lógico, los primeros suelen eclipsar a los segundos, debido a la vinculación histórica entre la inmigración y la inseguridad ciudadana⁷, y la participación de los medios que se hacen eco de este tipo de noticias⁸. De este modo, uno de los problemas más relevantes y vistosos es el de la delincuencia por parte de los extranjeros. Para intentar evitar este problema se han recurrido a diversos mecanismos.

Ya en las políticas de extranjería se percibía un interés en seleccionar el perfil de extranjero que podría residir y entrar en España. En este sentido MUÑOZ RUIZ explica que la base de política migratoria implementada por la Ley de Extranjería responde fundamentalmente a la ordenación de los flujos migratorios de carácter laboral, ya que subordina el permiso de entrar al país, de residir en él y de realizar un determinado trabajo o servicio a la estipulación de un perfil inmigrante que requiere⁹.

Este proceso selectivo del tipo de extranjero querido y de carácter defensivo ante el inmigrante infractor ha acabado por plasmarse en otros ámbitos como el penal, con una lógica, principios rectores y garantías totalmente distintos, pero que actuarán como complemento a los mecanismos de la ley de extranjería¹⁰.

⁷ De esta manera, GONZÁLEZ CUSSAC, J., “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, en *Revista Xurídica Gallega*, n.º 38, 2003, pág. 16, establece lo siguiente: “El tercer ámbito que ha caracterizado particularmente la política criminal del Gobierno ha sido la relativa a extranjería, con sucesivas modificaciones y con expresión de toda la gama posible de vinculaciones de este fenómeno a la delincuencia e inseguridad ciudadana”.

⁸ Así DÍEZ RIPOLLÉS, J., “El nuevo modelo de seguridad ciudadana”, en *Jueces para la Democracia* n.º 49, 2004, pág. 29, expone que la preocupación o el miedo por el delito ya no se concentra en los estratos de la sociedad más conscientes o temerosos de la delincuencia, sino que se ha extendido a nuevos sectores sociales. Esto se debe en parte a la preeminencia de espacios dedicados a la crónica criminal en los más diversos medios de comunicación.

⁹ MUÑOZ RUIZ, J. “La expulsión penal: nuevas tendencias legislativas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2014, n.º 16-05, pág. 05:4.

¹⁰ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2012, n.º 14-07, pág. 07:3.

B) En segundo lugar, una de las razones más importantes que nos han llevado a la elección de este tema es la justificación de la existencia del artículo 89 por motivos de descongestión de los centros penitenciarios y por razones de economía.

POBLACIÓN ESPAÑOLA Y EXTRANJERA EN PRISIÓN

NACIONALIDAD/AÑO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
ESPAÑOLES	48.917	47.614	45.970	45.704	45.649	45.320	43.750
% ESPAÑOLES	64,3%	64,4%	65,2%	66,6%	68,4%	69,7%	71,0%
EXTRANJEROS	27.162	26.315	24.502	22.893	21.116	19.697	17.870
%EXTRANJEROS	35,70%	35,59%	34,77%	33,37%	31,63%	30,30%	29,00%
TOTAL POBLACIÓN	76.079	73.929	70.472	68.597	66.765	65.017	61.620

Ilustración 3: Datos del informe de ACAIP de enero de 2016

La doctrina coincide en señalar que la finalidad del artículo 89 CP es la de desmasificar los centros penitenciarios¹¹. Según MAPELLI CAFFARENA y TERRADILLOS BASOCO estamos ante una medida que complementa otras normas orientadas a seleccionar la calidad de los extranjeros y que también ayuda a paliar el problema del exceso de ocupación de las prisiones¹².

Si miramos los datos procedentes de la Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (ACAIP), la aplicación del artículo 89 CP incidiría sobre una población de presidiarios que representan un 33% (cifra promedio de los años 2009-2015) del total de presos. Si bien es cierto que no todos estarían dentro del ámbito de aplicación del artículo 89 CP, la población extranjera representa un porcentaje importante de los reclusos que se encuentran internos en los centros penitenciarios.

Por ello la aplicación del artículo 89 CP liberaría de gran carga las prisiones españolas.

¹¹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, págs. 648-649. Véase también GRACIA MARTÍN, L. y ALASTUEY DOBÓN, C., “Suspensión de la ejecución, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional” en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5.º ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2016, pág. 156, que aluden tanto al control de la inmigración ilegal, como a la reducción del número de extranjeros en centros penitenciarios.

¹² MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tercera edición, Madrid, Civitas, 1996, pág. 109.

Adicionalmente, desde nuestro punto de vista, se podría alegar un interés económico para justificar la presencia del artículo 89 CP. Según datos que manejan fuentes sindicales, el coste medio diario de un recluso en España ronda los 54 euros diarios, cerca de 20.000 euros al año¹³. Teniendo en cuenta que, según los datos proporcionados por la ACAIP, en España hay un total de 61.620 presos a fecha de 2015, esto supondría un coste para la sociedad de más de tres millones de euros diarios.

En el mismo sentido se expresan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN al indicar que las penas privativas de libertad, además de los posibles efectos negativos sobre la persona encarcelada y la no consecución de las pretendidas metas socializadoras, tienen considerables costes económicos para el Estado además del incremento de los problemas cuando se alcanzan determinadas cotas de hacinamiento y superpoblación carcelaria¹⁴.

C) En tercer y último lugar, otro de los motivos por los que se ha seleccionado este tema es la inmensa repercusión y debate que ha generado entre la doctrina y jurisprudencia. Destacamos alguna de las cuestiones que han suscitado debate.

Debate sobre las razones o finalidad de esta figura penal. Mientras que para algunos tiene una finalidad puramente penitenciaria, aspecto criticado por diversos autores como LAURENZO COPELLO¹⁵ y CEREZO MIR¹⁶ (quien además añade que implica un grave menoscabo de las exigencias de prevención general), para otros responde a una política de extranjería que pretende evitar que el cumplimiento de la pena sirva para que un sujeto se mantenga en el territorio, alegando por tanto razones de

¹³ LÓPEZ FONSECA, O., (2016). El alto precio de encarcelar: España gasta 3 millones de euros al día en mantener a sus presos. Recurso online: Vozpopuli.com: <http://vozpopuli.com/actualidad/38176-el-alto-precio-de-encarcelar-espana-gasta-3-millones-de-euros-al-dia-en-mantener-a-sus-presos> [Accedido el 4 de Mayo de 2016].

¹⁴ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 611.

¹⁵ LAURENZO COPELLO, P., “Últimas reformas en el Derecho Penal de extranjeros. Un nuevo paso en política de extranjería”, en *Jueces para la democracia*, n.º 50, 2004, pág. 30, entiende que se trata de una medida que, puestos a pensar mal, parece destinada a ofrecer un instrumento más a Instituciones Penitenciarias para reducir la alta población extranjera en prisiones españolas.

¹⁶ CEREZO MIR, J., *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Tecnos, 1993, págs. 161 y 207.

prevención general¹⁷. Como se puede observar, no existe una única opinión al respecto y no se ha llegado a ningún acuerdo

Si ya existe debate y diversidad de opiniones respecto al tema anterior, no es de extrañar que también suscite discusión la naturaleza de esta figura penal. Numerosos estudios que han recopilado las opiniones de diversos autores no alcanzan ninguna conclusión. Mientras que algunos defienden su naturaleza de pena o sanción, otros abogan por defender que se trata de una medida de seguridad. Y existe otra corriente que la considera una consecuencia penal que es impuesta directamente por el juez sin ningún trámite administrativo¹⁸.

Además de todo lo mencionado anteriormente, a lo largo de su historia este artículo ha sido objeto de duras críticas entre las que podemos señalar la conocida ambivalencia aflictiva, mencionada, entre otros, por CANCIÓ MELIÁ¹⁹ y la subordinación del Derecho penal y de sus principios rectores a una determinada política migratoria cuyo fin es combatir la inmigración irregular²⁰.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

3.1 LO 7/1985 de 1 de julio, “Ley de Extranjería”

Si bien es cierto que no estamos dentro del ámbito penal, fue con esta ley que regulaba los derechos y libertades de los extranjeros en España (más conocida como Ley de Extranjería) cuando se comienza a resolver la situación de extranjeros que comparecen ante tribunales españoles por delitos cometidos dentro de este territorio. En lo que respecta específicamente a la expulsión, esta ley instaura el modelo de sustitución del proceso penal y de la pena por la expulsión del territorio español de los extranjeros no comunitarios²¹.

¹⁷ MUÑOZ RUIZ, J., “La expulsión penal: nuevas tendencias legislativas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2014, n.º 16- 05, pág. 05:8.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ CANCIÓ MELIÁ, M., “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (artículo 89 CP)”, Homenaje al prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005, pág. 193.

²⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, en *Indret, Revista para el análisis de Derecho*, Barcelona, julio de 2009, pág. 21.

²¹ SALINERO ECHEVARRÍA, S.: “La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”, en *Política Criminal*, n.º 11 (julio 2011), pág. 109.

La sustitución se podía presentar en dos escenarios posibles. En primer lugar, respecto del extranjero que se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, ya fuera por hechos cometidos con anterioridad al procedimiento de expulsión o con posterioridad al mismo. Se establecía, en este primer supuesto, la previa audiencia del Fiscal como requisito indispensable.

En segundo lugar se permitía la sustitución de la pena a la cual eran condenados los extranjeros por sentencia firme, en caso de delito menos grave, por la expulsión del territorio español. En este segundo supuesto se exigía como requisito la previa audiencia con el extranjero²².

Ya en esta ley se preveía que la expulsión llevase consigo la prohibición de entrada en el territorio español por un periodo mínimo de tres años.

Básicamente, los artículos a los que hemos hecho referencia son el artículo 21.2, el artículo 26.2.d) y el artículo 36 de la LO 7/1985.

3.2 LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Con la entrada en vigencia del Código Penal de 1995 se pone fin a cualquier crítica (por lo menos de carácter formal) relativa a la expulsión, y se materializa esta consecuencia jurídica penal, específicamente en los artículos 89 y 108 CP. Debido al ámbito de este trabajo, nos vamos a centrar únicamente en el artículo 89 CP. La utilización de este sustitutivo penal estaba condicionado (y continúa siendo así en la actualidad) a la pena designada para el delito. Podían sustituirse totalmente las penas que fueran inferiores a seis años.

Igualmente se permitía la sustitución de las penas iguales o superiores a 6 años siempre que hubieran cumplido las tres cuartas partes de la condena. En cualquier caso, la procedencia de la sustitución de la pena por la expulsión estaba entregada de manera discrecional o facultativa al juez o tribunal. Podemos observar este carácter en su redacción ya que se usa la palabra “podrán”.

²² SALINERO ECHEVARRÍA, S.: “La expulsión...”, cit., pág. 109.

Con el Código Penal español de 1995 se pone fin a la exclusiva regulación administrativa de la expulsión. Ahora esta institución tiene un desarrollo dual, tanto penal como administrativo. La primera recogida en el Código Penal y la segunda en la LO 7/1985, conocida como la “Ley de Extranjería”. Todo, sin perjuicio de que lo que realmente existió, fue el traslado sistemático de la expulsión de una legislación penal especial al Código Penal como principal texto punitivo²³.

Se establecía igualmente un plazo de prohibición de regreso de tres a diez años, atendida la pena impuesta, debiéndose cumplir la pena en caso de quebrantar la prohibición. Si fuera sorprendido en la frontera se le volverá a expulsar.

3.3 LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley de Extranjería

La primera reforma del artículo 89, tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, fue realizada a través de la LO 8/2000, de reforma a la Ley de Extranjería, que introdujo un número 4º en el artículo 89 CP, en el que se prohibía (y hoy en día se sigue prohibiendo) la sustitución de la pena por la medida de expulsión en relación con determinados y concretos delitos relativos al tráfico ilegal de mano de obra y/o empleo de súbditos extranjeros, en los delitos contra los derechos de los extranjeros y en el favorecimiento o integración en asociaciones ilícitas dedicadas al tráfico ilegal de personas.

Prohibición que, como señala MUÑOZ LORENTE²⁴, tiene todo sentido de cara a evitar la continuidad delictiva que, casi con toda seguridad, se daría si la pena privativa de libertad se sustituyese por la expulsión del territorio nacional. Así, indica este autor, podemos pensar, a modo de ejemplo, en los patrones de las denominadas pateras. La consecuencia que tendría el hecho de que tras ser condenados se les aplicara la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional, sería la de una continuidad delictiva que estaría casi asegurada. Al día siguiente de la expulsión, podrían seguir ejerciendo como patrones de nuevas pateras. Y la consecuencia implícita que tendría esta forma de aplicar el artículo es el efecto criminógeno respecto a otros sujetos. Por efecto criminógeno entendemos aquel que tiende a fomentar el

²³ SALINERO ECHEVARRÍA, S.: “La expulsión...”, cit., pág. 110.

²⁴ MUÑOZ LORENTE, J., “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la ley orgánica 11/2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º Extra 2, (2004), pág. 424.

comportamiento violento (presencia o ausencia de acción) de uno o un grupo de individuos, que podemos tildar de crimen y que esté tipificado por un Código Penal de un Estado de Derecho.

¿Por qué podemos decir que genera este efecto criminógeno? Porque se estaría enviando el mensaje de que la conducta de ejercer de patrón de pateras no es delictiva en España. Y lo que es más importante, aún en el caso de que sí fuera delictiva, no tiene ningún tipo de consecuencia penal salvo la de ser repatriado, una opción que evidentemente no es considerada por este tipo de individuos como un mal.

3.4 LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros

La reforma que sigue a la LO 11/2003, de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, confiere un carácter mucho más estricto al artículo que venimos analizando. Ya se puede entrever esta orientación en la Exposición de Motivos, donde se establece lo siguiente: los cambios que se van a producir en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 89 CP son coherentes con la reforma de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Estos cambios buscan introducir un cauce adecuado para 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.

De esta forma, se defiende que se logra una mayor eficacia en la medida de expulsión, medida que, de todas maneras, se alcanzaría por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y que han delinquido. En definitiva, se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Esta reforma, por lo tanto, endurece la medida de expulsión. En la regulación anterior, se establecía que la sustitución era un poder, una posibilidad, algo evidente al usar el término “podrán”. La procedencia de la sustitución de la pena por la expulsión se valoraba de manera discrecional o facultativa por el juez o tribunal. En la regulación actual, el artículo 89 CP conmina al juez o tribunal a sustituir las penas privativas de libertad impuestas a un extranjero no residente legalmente en España por su expulsión del territorio nacional. Es decir, la reforma se encaminó principalmente a lograr que la expulsión constituya la regla general y el cumplimiento efectivo de la pena su excepción. Esto se ve claramente en la nueva redacción donde se dice expresamente que las penas “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. De todos modos, hay que decir que tal carácter mecánico que el legislador había otorgado a la expulsión fue matizado por la interpretación del precepto que hizo el Tribunal Supremo²⁵.

Las otras dos razones por las que se considera que se ha endurecido este artículo 89 del CP son: en primer lugar, la unificación del plazo de prohibición de regreso a España. En la regulación anterior se establecía que el extranjero no podrá volver a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. En la regulación actual independientemente de la pena impuesta se establece una prohibición de regresar a España por tiempo de diez años.

En segundo lugar, tenemos que en la regulación anterior se establecía que si se quebrantaba la prohibición de regresar el extranjero tendría que cumplir la pena que se había sustituido (con la única excepción de que fuera sorprendido en la frontera, caso en el que el modo de proceder es volver a ser expulsado por la autoridad gubernativa).

En la regulación actual, siempre que se quebrante la prohibición de regresar a España la medida que corresponde es la de volver a expulsarlo. Y, además, el plazo volverá a computar desde cero.

²⁵ Así, la STS 901/2004, de 8 de julio, establece lo siguiente: “En conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad”.

Por todo lo anterior, tal y como recoge SALINERO ECHEVARRÍA²⁶, la reforma no ha estado exenta de críticas. SANZ MORÁN²⁷ considera que esta ley, junto a otras, representa una preocupante involución en relación al moderno derecho penal, caracterizado por su rasgo humanitario y liberal. Además, estima que es derecho penal simbólico en el sentido más negativo.

Por otro lado, PÉREZ ÁLVAREZ²⁸ entiende un trato desigual que contribuye a la marginación y exclusión social. Otros, entre los que podemos mencionar a PORTILLA CONTRERAS²⁹, acercan esta legislación al denominado derecho penal del enemigo.

3.5 LO 5/2010, de 22 de junio, que modifica el CP español de 1995

El artículo 89 CP se vio nuevamente modificado por la LO 5/2010, de 22 de junio. En lo que respecta al apartado primero de este artículo, puede observarse cómo la reforma amplía, aunque no de manera clara y concisa, los motivos que pueden justificar el cumplimiento de la condena en el territorio español.

Mientras que en la redacción anterior se hacía referencia al hecho de que el Juez o Tribunal debía apreciar que la naturaleza del delito justificase el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, ahora la redacción actual simplemente menciona que aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. En relación con este tema, hubiera sido deseable que en la propia figura se fijasen los criterios que debe utilizar el Juez a la hora de ponderar la permanencia o no en territorio español del condenado extranjero, teniendo en cuenta circunstancias de carácter personal tales como el arraigo, la situación familiar, etc.³⁰.

La reforma de 2010 introdujo en el propio artículo 89.1 CP el trámite de la audiencia del penado a la hora de decretar su expulsión. En la regulación anterior

²⁶ SALINERO ECHEVARRÍA, S., “La expulsión...”, cit., pág. 111.

²⁷ SANZ MORÁN, A., “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, en *Revista de Derecho Penal*, N° 11 (2004), págs. 11-40.

²⁸ RODRÍGUEZ MESA, M., “El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina. Funciones instrumentales y simbólicas” en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (coord.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pág. 849.

²⁹ PORTILLA CONTRERAS, G., *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 147 y ss.

³⁰ BARQUÍN SANZ, J. y LUNA DEL CASTILLO, J., “Aplicación práctica de la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad una aproximación estadística”, en *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 10, 2013, págs. 443-450.

podemos observar que el único requisito que se exigía era el de dar audiencia al Ministerio Fiscal. Este trámite de audiencia también se encuentra previsto en el nuevo apartado 5 del propio artículo 89 CP en los casos de expulsión del territorio nacional de un ciudadano extranjero no residente legalmente en España que hubiere de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o hubiese cumplido las tres cuartas partes de la condena³¹.

Uno de los aspectos positivos de esta reforma lo podemos encontrar respecto al plazo de duración de la prohibición de regreso a España. En la nueva redacción esta cuestión se trata en el apartado 2.º del artículo 89 CP, donde se establece que el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. Gracias a esta nueva redacción se permite que el órgano judicial module el periodo de prohibición de regreso a España.

Se modificó igualmente lo relativo a la violación de la orden de expulsión. Si bien en la redacción anterior se establecía una única medida que era la de volver a expulsar al extranjero, en esta nueva redacción se admiten dos posibilidades: en primer lugar, que el extranjero logre efectivamente la entrada en España y, en segundo lugar que sea sorprendido en la frontera intentando regresar a España. En el primer supuesto se establece en la redacción actual que el extranjero cumplirá las penas que en su día le fueron establecidas. En el segundo caso se establece de nuevo la expulsión.

Es una regulación similar a la que se tenía antes de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, pero con pequeñas diferencias.

Finalmente, la referida reforma añadió al artículo 89 CP un nuevo párrafo 1.º dentro del apartado 6, con este tenor: “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

³¹ *Ibidem*.

internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa”.

4. ANÁLISIS DE LA REDACCIÓN ACTUAL DEL ARTÍCULO 89 CP TRAS LA REFORMA OPERADA EN EL CP POR LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO

Vamos a analizar este artículo atendiendo a la Circular 7/2015 de la Fiscalía General del Estado y a un artículo de LEGANÉS GÓMEZ³² que revisa la expulsión de los penados en 2015.

4.1 PRESENTACIÓN DE LA REFORMA

Volviendo la vista hacia el pasado podemos observar que este artículo 89 del CP ha sido objeto de cinco modificaciones, lo que indica el desconcierto del legislador respecto a este tema concreto. Una vez más, el legislador no toma en consideración las voces que reclamaban el destierro penal de esta institución y el CP de 2015 regula una fórmula que, como advierten ORTS BERENGUER y GONZALEZ CUSSAC³³, es muy criticada por su descarnado pragmatismo, así como por su discutible limitación de garantías constitucionales³⁴.

Los principales cambios que se pueden observar son los siguientes:

- a) Se generaliza la expulsión a todos los ciudadanos extranjeros. En consecuencia, también a los extranjeros residentes legalmente en España y a los ciudadanos de la Unión Europea, aun con las limitaciones que el propio precepto establece.
- b) La sustitución se limita a la pena de prisión, cuando además exceda de un año.
- c) Se concede al órgano judicial la posibilidad de acordar la ejecución de una parte de la pena, sustituyendo el resto por la expulsión.

³² LEGANÉS GÓMEZ, S., “La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015”, en *Diario La Ley*, n.º 8579, Sección Doctrina, 9 de Julio de 2015.

³³ ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 2.ª Edición actualizada conforme a la LO 5/2010, Valencia, 2010, pág. 322.

³⁴ LEGANÉS GÓMEZ, S., La expulsión de... cit., pág. 2. También en sentido crítico, IGLESIAS RÍO, M., “La expulsión de extranjeros”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 175, en la que se dice que la modificación del artículo 89 CP no responde a razones de política de extranjería ni recibe explicación político criminal alguna por parte del legislador. Se concluye que nuestro sistema profundiza hacia el horizonte creador de un Derecho especial frente a los extranjeros.

- d) Se introduce la proporcionalidad como correctivo a la sustitución de la pena de prisión por la expulsión.
- e) Se amplía la prohibición de sustitución al delito de trata de seres humanos del art. 177 bis CP.

La opción de expulsar al extranjero ilegal, tenga o no residencia legal, ha sido avalada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tomando en consideración lo establecido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece lo siguiente: toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia y 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.

Considerando lo anterior, ROIG TORRES³⁵ manifiesta que el TEDH reconoce, con carácter general, la potestad de los Estados de velar por la seguridad pública y de proceder a la expulsión de los extranjeros condenados por la comisión de un delito siempre y cuando esté previsto y reconocido en una ley, sea necesario y sea una medida proporcional.

Por primera vez, gracias a la inclusión del término “ciudadanos extranjeros”, el 89 CP adquiere autonomía respecto a la legislación administrativa, que queda reservada a los inmigrantes en situación irregular³⁶.

Sin embargo, en esta nueva redacción del 89 CP se mantiene la orientación político-criminal de pretender que el proceso penal sea un vehículo de las políticas de extranjería, rompiendo con el principio de “igualdad de trato” ante unos mismos hechos

³⁵ ROIG TORRES, M., «La expulsión de los extranjeros en el proyecto de reforma del Código Penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH. Unas notas sobre el derecho británico», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV (2014), págs. 423-509.

³⁶ CANO CUENCA, A., “Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión (arts. 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pág. 368.

delictivos. De esta forma, un extranjero, independientemente de cuál sea su situación administrativa, se enfrenta a unas consecuencias distintas a las que se van a enfrentar el resto de ciudadanos nacionales³⁷.

4.2 ÁMBITO SUBJETIVO DE LA EXPULSIÓN SUSTITUTIVA

La reforma penal de 2015 opta por extender sin aparente límite el ámbito subjetivo del 89 CP, pues a diferencia de lo establecido en la redacción anterior donde se limitaba la expulsión al extranjero no residente legalmente en España, el nuevo precepto, en su apartado primero introduce como novedad el término “ciudadano extranjero” en sustitución del “extranjero no residente legalmente en España”.

Por lo tanto el ámbito subjetivo queda determinado únicamente por la condición de extranjero. Ya no importa su situación administrativa³⁸.

Se podrá aplicar esta medida, a partir de la reforma 1/2015, a un conjunto de personas que tiene como denominador común el hecho de que no son españoles. Por tanto, esta medida será aplicable por primera vez a los ciudadanos de la Unión Europea y de los Estados asimilados, aunque respetando las restricciones que imponen las exigencias de los Tratados constitutivos y del Derecho derivado de la Unión Europea. Las restricciones para los ciudadanos de la UE se estudiarán más adelante en el punto 4.5.

Para la delimitación negativa del ámbito de aplicación subjetivo de este 89 CP conviene recordar lo siguiente:

Son españoles, a estos efectos, los que tengan la nacionalidad española de origen (art. 17.1 Código Civil), los que la hayan obtenido por opción cuando la determinación de la filiación o el nacimiento en España se hayan producido después de los dieciocho años de edad (art. 17.2 CC), por consolidación (art. 18 CC), por adopción (art. 19 CC), por opción (art. 20 CC), por carta de naturaleza (art. 21 CC) y por concesión por residencia (art. 22 CC) siempre que no la hayan perdido (arts. 24 y 25 CC) o, que perdida, la hubieren recuperado (art. 26 CC).

³⁷ LEGANÉS GÓMEZ, S., La expulsión... cit., pág. 3

³⁸ Según IGLESIAS RÍO, M., “La expulsión de extranjeros”, cit., pág. 175, esta modificación, aunque no suponga un incremento cuantitativo de la expulsión, sí supone una ampliación indiscriminada para los nacionales, con independencia de su categoría o situación de estancia o residencia normalizada.

De igual modo, son españoles los nacionales de origen de países iberoamericanos (incluido Puerto Rico), Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal y los sefardíes que, con domicilio habitual en España, disfruten de doble nacionalidad de conformidad con los arts. 22 y 23 CC.

4.3 ÁMBITO OBJETIVO

Históricamente ha existido una prohibición de sustituir la pena por la expulsión cuando se hayan cometido ciertos delitos. Esta prohibición se mantiene en el artículo vigente, por lo que conforme al 89.9 CP quedan excluidas de la expulsión judicial las condenas por delitos tipificados en los artículos 177 bis (trata de seres humanos), 312 (contra los derechos de los trabajadores), 313 (emigración fraudulenta) y 318 bis (contra los derechos de los ciudadanos extranjeros).

Es una prohibición legal que no admite excepciones y que proyecta su eficacia sobre los delitos conexos enjuiciados en la misma causa.

En atención a la naturaleza de la pena, quedan excluidas las penas que no sean privativas de libertad, algo que no supone ninguna novedad con lo que se venía regulando. Sin embargo, las penas privativas de libertad distintas de la prisión (localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria) también quedan excluidas³⁹. Esto sí supone una novedad respecto a las redacciones anteriores puesto que el precepto ya no se refiere al género “penas privativas de libertad”, sino exclusivamente a la pena de prisión⁴⁰.

La norma discrimina supuestos en función de la duración concreta de la pena impuesta en sentencia y jerarquiza tres tramos: hasta un año de prisión, más de un año hasta cinco, y más de cinco años: en el primero no es posible la expulsión, en los otros dos sí, total o parcial en ambos casos, aunque con un régimen diferenciado.

³⁹ La posibilidad de sustituir la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y la pena de localización permanente era admitida por la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.

⁴⁰ Según SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Comentarios al artículo 89 CP”, en GÓMEZ TOMILLO (Dir.), *Comentarios prácticos al CP, Tomo I, Parte General artículos 1-137*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 791, esto resulta proporcionado a la gravedad que puede representar la expulsión para el penado.

4.3.1 PENAS DE PRISIÓN INFERIORES A 1 AÑO

Tras la reforma 1/2015 se prohíbe sustituir las penas de prisión cuya duración no exceda el término de un año, lo que supone una de las novedades de mayor impacto práctico.

Ya en el Preámbulo de la ley se justifica esta restricción en la regulación administrativa: se ajusta el límite de la pena a partir de la cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería. En la Ley de Extranjería se establece como causa de expulsión administrativa “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”.

Hay que tener en consideración que, aunque la pena que se estableciera para el delito en cuestión fuera superior a un año, si tras la aplicación de eximentes, circunstancias modificativas, grados de ejecución o de participación, la pena finalmente impuesta fuera inferior al año no le sería de aplicación la expulsión sustitutiva.

¿Qué ocurre en los casos de comisión de varios delitos? No se tomará la suma de tiempos de cada una de las condenas para aplicar la sustitución por expulsión⁴¹. Así si ninguna de las penas de prisión impuestas en una misma causa a un ciudadano extranjero excede el año de duración, la sustitución por expulsión no será admisible, aunque sumadas todas ellas superen el límite exigido. En caso de que sólo una supere el límite, tampoco habrá problema en que se acuerde la expulsión en sustitución de todas.

Será igualmente posible acordar la expulsión cuando concurre la pena de prisión de más de un año con otras penas de distinta naturaleza.

4.3.2 PENAS DE PRISIÓN: DE UN AÑO Y UN DÍA HASTA CINCO AÑOS

En estos casos, según el 89.1 CP, la sustitución de la pena por expulsión será regla general, si bien excepcionalmente el juez o tribunal podrá acordar el cumplimiento de la prisión “cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y

⁴¹ Así lo podemos observar en la STS nº 1400/2005, de 23 de noviembre, que establece: “...inclinándose la doctrina más autorizada porque lo definitivo es la pena impuesta por cada delito, por cuanto el tenor literal del precepto al usar el plural (“las penas privativas de libertad inferiores a 6 años...”)”.

restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”. En este caso se cumplirá una parte de la pena que estime el juez o tribunal, aunque en ningún caso podrá ser superior a los dos tercios de su extensión total. Cumplido este periodo se procederá a la expulsión. La sustitución también se hará efectiva “cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional”, si ello sobreviene durante el cumplimiento de la parte de pena determinada por el juez o tribunal en su resolución.

4.3.3 PENAS DE PRISIÓN DE DURACIÓN SUPERIOR A CINCO AÑOS

Antes de comenzar, hay que advertir que en este caso sí que se prevé expresamente en el propio 89 CP apartado segundo, la posibilidad de sumar tiempos de varias condenas.

El juez o tribunal “acordará la ejecución en 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”⁴². Se concede una amplia discrecionalidad judicial en la concreción de la parte de pena que se debe cumplir dado que no se establece expresamente un periodo mínimo de tiempo en prisión⁴³. Igual que en el caso anterior, la sustitución se hará igualmente efectiva cuando el penado acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

4.4 EXCEPCIONES A LA IMPERATIVIDAD DE LA MEDIDA

Se establece en la circular de la Fiscalía General del Estado 7/2015 que en ningún momento la expulsión sustitutiva debe operar de forma automática. La regla general inherente a la norma es favorable a que las penas de prisión de más de un año de duración se sustituyan por expulsión, bien en toda su extensión, bien en una parte de la misma, pero en ningún caso la ley impone un ciego automatismo o el deliberado olvido de las particulares circunstancias del delito y del autor.

⁴² Según CANO CUENCA, A., “Suspensión de ejecución de la pena...” cit., pág. 370, esta fórmula es susceptible de varias interpretaciones y puede comprometer el principio general de seguridad jurídica, el principio de igualdad y los principios de legalidad y taxatividad.

⁴³ Según SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Comentarios al artículo 89 CP...” cit., pág. 793, el Informe del CGPJ al anteproyecto de 2012 valora negativamente que no se señale un mínimo de cumplimiento, frente a la regulación anterior, la cual fijaba un periodo de cumplimiento mínimo de $\frac{3}{4}$ de la pena. Comenta la autora que sería conveniente establecer en la ley unos criterios seguros y previsibles sobre la parte de la pena a cumplir, sin perjuicio de poder flexibilizar o modular ese periodo en función de las circunstancias personales del penado y particulares del hecho.

Interpretando el 89 CP se puede determinar que existen dos excepciones ante esta aparente imperatividad de la medida de expulsión sustitutiva. La primera excepción, relativa, ya que no elimina por completo la posibilidad de expulsión, buscará proteger los intereses generales de la sociedad, que se traducirán en la necesaria afirmación del ordenamiento jurídico vulnerado, mediante la exigencia del cumplimiento de una parte significativa de la pena.

La segunda, que se considera absoluta porque excluye toda posibilidad de expulsión, trata de prevenir cualquier expulsión del extranjero del territorio nacional que sea objetiva o subjetivamente desproporcionada.

4.4.1 EXCEPCIÓN RELATIVA O DE ORDEN POLÍTICO-CRIMINAL

La regla general favorable a la expulsión sustitutiva queda exceptuada cuando su aplicación resultase, por las circunstancias que rodean al caso, incompatible con el logro de los fines de la pena. A tal efecto el 89 CP habilita en sus apartados 1 y 2, dos criterios, íntimamente conectados y de inequívoca significación político criminal, que deben ser valorados por el juez. Los dos criterios son:

a) La “necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico”. Esto quiere decir, que la decisión judicial no debe ignorar los intereses públicos relativos a la política criminal expresada por la ley, la naturaleza del hecho delictivo, su gravedad y la realización de los fines de prevención general y especial, por lo que la expulsión no puede ser automáticamente aplicada⁴⁴.

b) La necesidad de “restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”. Es decir, habría que evitar la sensación de impunidad que podría instalarse en la sociedad si esta medida se convirtiera en una forma de burlar la ley penal. Esta sensación de impunidad, tendría consecuencias negativas no sólo desde el punto de vista de la prevención general negativa (anularía la eficacia preventiva y disuasoria de la pena), sino también desde el punto de vista de la

⁴⁴ A este respecto se puede observar por ejemplo la STS n.º 1162/2005, de 11 de octubre, que establece: “que el art. 89 del Código Penal debe ser aplicado tras el imprescindible juicio de ponderación entre los intereses enfrentados en juego, y por tanto con una motivación individualizada a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso, y muy singularmente desde una perspectiva constitucional a la vista de la colisión con bienes jurídicos que pudieran ser más relevantes que los meramente defensoristas, y ello ya se valore la expulsión en clave negativa para el condenado --como se hacía en la sentencia de 901/2004 de 8 de Julio--, como en clave positiva para el condenado con el fin de evitar --en tal caso--, el sentimiento de impunidad ante la primera comisión del delito que pudiera suponer su expulsión sin complemento de penas”.

prevención general positiva, ya que generaría en el “buen” ciudadano una sensación de desamparo y de pérdida de confianza en la ley como medio eficaz para combatir conductas delictivas⁴⁵.

Por lo tanto se concluye en la Circular de la Fiscalía que las condenas de prisión de duración superior a dos años (pena o suma de penas impuestas en la misma sentencia) y no superiores a cinco años serán susceptibles de expulsión sustitutiva cuando sancionen conductas que no presenten por su gravedad intrínseca o por la forma en que han sido ejecutadas rasgos que hagan especialmente necesario el cumplimiento de la pena. Se establece asimismo que, aunque es necesaria la valoración individualizada caso por caso, se rechazará la sustitución en una serie de casos, como por ejemplo: los que en su ejecución o resultado hubieran hecho uso de una violencia o intimidación de carácter especialmente importante; delitos que implican vejación, ensañamiento o degradación de la víctima; delitos contra la salud pública que excedan el mero menudeo de pequeñas cantidades de sustancia ilícita⁴⁶ etc.

Para los delitos cuya pena o penas de prisión impuestas en sentencia exceden de cinco años de duración, supuesto del 89.2 CP, estamos ante otro caso diferente. Aquí, al tratarse de delitos de singular gravedad se establece directamente que se tendrá que cumplir parte de la pena en territorio español. La parte de la pena que deben cumplir es lo que tienen que determinar los tribunales y jueces en atención a las circunstancias de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en el sistema.

4.4.2 EXCEPCIÓN ABSOLUTA: EXPULSIÓN PROPORCIONADA

El 89.4 CP, en su primer párrafo establece: “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”⁴⁷.

⁴⁵ IGLESIAS RÍO, M., “La expulsión de extranjeros”, cit., pág. 179, ha sido crítico con la utilización de estos conceptos, mostrándose escéptico ante la posibilidad de que un individuo esté en condiciones de generar un clima de inseguridad tal, que ponga en riesgo los conceptos mencionados.

⁴⁶ En el caso concreto de delitos contra la salud pública, el criterio del TS en numerosas sentencias (SSTS n.º 172/2006, de 17 de febrero y 853/2010, de 15 de octubre, entre otras) ha sido que, con carácter general y exceptuando los casos de venta al por menor o de relevancia menor, se considera improcedente la expulsión sustitutiva de la pena en su integridad atendida la inequívoca gravedad de la conducta y el estímulo que representaría la sustitución para la proliferación de tales actividades.

⁴⁷ De acuerdo con IGLESIAS RÍO, M., “La expulsión de extranjeros”, cit., pág. 185, la inclusión del criterio de proporcionalidad merece una valoración positiva.

La proporcionalidad exige valorar el impacto que el cumplimiento de la medida tendría en la vida privada y familiar del extranjero, así como la gravedad del hecho por el que ha sido condenado. Esta excepción excluye tanto la sustitución total como parcial de la pena de prisión: a ello obedece que el Preámbulo diga que en los términos de la sustitución penal la proporcionalidad opera “en todos los casos”.

El arraigo personal del extranjero, además, compromete derechos del más alto rango, como el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE y el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH, de los que no puede ser privado sin una sólida justificación.

Se consigue una mejor comprensión de la excepción de proporcionalidad al incorporar la doctrina del TEDH, que extrae del artículo 8 del CEDH, una variada casuística⁴⁸ en la que se establecen los límites de la expulsión:

- a) El tiempo de residencia en suelo español del penado. Cuanto más tiempo haya pasado, mayor será el arraigo en razón de los vínculos sociales, laborales y familiares que habrá establecido. El arraigo será la norma para los residentes legales, aunque habrá que atender al caso concreto.
- b) El tipo de migrante. Se establece que hay ciertas situaciones que convierten al inmigrante en un ciudadano efectivo del país. En este sentido, los inmigrantes de segunda generación son a efectos prácticos ciudadanos españoles, ya que han construido todos sus vínculos en el territorio español. Igual consideración merecen los inmigrantes llegados en la infancia o durante su juventud que durante la mayor parte de su existencia hubieran permanecido en España, donde han sido escolarizados y, en general, establecido sus lazos familiares y sociales.
- c) El estado de salud. La expulsión no debe implicar nunca un riesgo añadido en este aspecto.

⁴⁸ A modo de ejemplo, podemos mencionar la STEDH de 21 de junio de 1998, Caso Berrehab contra el Reino de los Países Bajos, en la que se establece que el derecho al respeto de la vida familiar no depende de una convivencia permanente. El ejercicio del derecho de visita del padre y la contribución a los gastos de educación son factores suficientes. Además se establece que la vida común no es indispensable. Este es el caso que nos ocupa ya que, pese a que los padres no vivían juntos ya que estaban divorciados, el padre visitaba a su hija 4 veces a la semana. Existen otras sentencias como la STEDH de 13 de julio de 1995, Caso Nasri contra Francia (desproporción de la expulsión de un extranjero cuyo estado de salud sea tal que la aplicación de la medida le deje en una situación de vulnerabilidad), que nos permiten extraer los límites que recopilamos en las letras de la a) a la f).

d) La situación familiar. No es proporcionada (salvo que concurren circunstancias muy poderosas) la expulsión de un extranjero que tenga establecida su familia en España si sus miembros guardan relaciones estables de convivencia o dependencia. Este tipo de relaciones deben ser efectivas (convivencia, asistencia, vida familiar, etc.), entre parientes próximos o que dependan materialmente del extranjero.

e) El impacto de la medida en los miembros del núcleo familiar del penado. Deben valorarse, igualmente, los efectos negativos que la expulsión produciría como consecuencia de la separación de los componentes del grupo familiar. En concreto, la imposibilidad o dificultad de acompañamiento. ¿Por qué? Porque si finalmente los familiares acompañan al sujeto, ellos también estarán sufriendo la expulsión. Y en el caso de que no le sigan, se estará imposibilitando el ejercicio efectivo del derecho a la vida privada y familiar que les reconoce el artículo 8.1 CEDH. Para valorar esto, se atenderá concretamente a la edad de los hijos, la relación de dependencia etc.

f) Vinculación del afectado con el país de donde procede. Por fin, otro de los factores delimitadores del arraigo familiar en el país de acogida lo constituye la intensidad de los vínculos del afectado con su nación de origen. Si tiene lazos sociales, culturales o familiares en ésta, no será una medida desproporcionada.

Además del arraigo, habrá que atender a las circunstancias personales que pudieran afectar al juicio de proporcionalidad. En concreto se menciona que hay que valorar el riesgo actual de que el extranjero sometido a expulsión pueda quebrantar el orden o seguridad pública. Para ello el TEDH ha valorado el comportamiento en diversos momentos: desde la comisión del delito hasta su expulsión, el tiempo transcurrido desde la comisión del último delito y la decisión de expulsión, etc. Es decir, el transcurso de un significativo periodo de buena conducta con posterioridad a la comisión del delito necesariamente tiene un impacto en el riesgo que el recurrente supone para la sociedad.

También se hace mención en el apartado cuarto a las circunstancias del hecho. La gravedad intrínseca del delito y la relevancia de los bienes jurídicos afectados tendrán igualmente un peso específico en la decisión. Por ello, cuando el delito afecte de modo grave a la seguridad interior o exterior del Estado, y genere un sentimiento de

inseguridad en la población, podría considerarse que la expulsión sustitutiva no es desproporcionada, aunque se hubiera acreditado una situación de arraigo personal.

4.5 RESTRICCIONES PARA CIUDADANOS DE LA UE Y ASIMILADOS

4.5.1 RÉGIMEN GENERAL

Los ciudadanos de la UE, de acuerdo con el régimen comunitario⁴⁹, reciben un tratamiento específico en el párrafo segundo del 89.4 CP, que dice que la expulsión de un ciudadano de la UE 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.

En consecuencia, los ciudadanos de la UE y asimilados sólo pueden sufrir la expulsión sustitutiva si representan una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública de nuestro país.

En síntesis podría resumirse el sistema de la siguiente forma:

a) La expulsión sólo puede adoptarse por razones de orden público o seguridad pública. La seguridad pública es un concepto jurídico indeterminado, y según la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE comprende entre otros: la seguridad interior y exterior del Estado, pertenencia a grupos terroristas, el tráfico de estupefacientes mediante banda organizada, los abusos sexuales y explotación de menores (que deben presentar características especialmente graves).

El orden público comprende cualquier alteración del orden social que implique necesariamente la infracción de una ley que constituya “una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

b) La amenaza debe ser actual, es decir, presente en el momento en que se toma la decisión de aplicarle la medida de expulsión y subsistente en el momento de su cumplimiento.

⁴⁹ Recordemos que el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la UE establece como derecho de todo ciudadano de la UE la libertad de circulación y residencia.

c) La expulsión deberá ajustarse al principio de proporcionalidad, que exige la valoración conjunta de las circunstancias del hecho cometido como las personales del autor. Este juicio de proporcionalidad se ajusta a lo que explicamos con carácter general en el art. 89.4 CP.

d) De conformidad con el principio de no discriminación, no es admisible la expulsión respecto de aquellos comportamientos que, cuando lo realizan sus propios nacionales, no da lugar a medidas represivas o a otro tipo de medidas reales y efectivas destinadas a combatir dicho comportamiento.

4.5.2 RÉGIMEN ESPECIAL: CIUDADANOS DE LA UE RESIDENTES MÁS DE DIEZ AÑOS

La protección se intensifica respecto a los ciudadanos europeos que hayan residido en España durante más de diez años. Por ello el actual CP en concordancia con la normativa de la UE, materializa cuáles son concretamente los motivos imperiosos de seguridad pública que permitirán expulsar a estos ciudadanos de la UE⁵⁰.

Los motivos que se establecen son: el 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 se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza; y el haber sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

Tenemos que destacar la importancia que tiene la palabra “además”, ya que implica la acumulación de requisitos con los establecidos en el apartado anterior. Así, para estos sujetos, sólo procederá la expulsión cuando, además de estar dentro de uno de los dos supuestos contemplados, representen una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública.

⁵⁰ En el artículo 28.3, a) de la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, se establece que no se podrá adoptar una decisión de expulsión contra los ciudadanos de la Unión Europea que hayan residido más de diez años en un Estado Miembro, salvo si concurren motivos imperiosos de seguridad pública.

4.5.3 IMPROCEDENCIA DE APLICAR LA EXPULSIÓN SUSTITUTIVA COMPLETA A SUJETOS UE

En cualquiera de los dos regímenes contemplados anteriormente, será de aplicación lo establecido en el art. 89.2 CP. Esto implica que ante la imposibilidad de acordar la sustitución completa de la pena de prisión, se deberá cumplir en prisión una porción de la condena suficiente para expresar el reproche social que merece la conducta.

4.6 TIEMPO Y FORMA DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

La decisión de expulsión debe adoptarse en la propia sentencia, según exige el 89.3 CP. Si ello no es posible, el juez o tribunal debe pronunciarse con la mayor urgencia en auto posterior.

Aunque el art. 89.3 CP sólo exige previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes sobre la aplicación o no de la medida de expulsión cuando ésta se toma en auto posterior, se tendrán que observar las mismas exigencias de contradicción cuando la decisión se tome en la sentencia que ponga fin al proceso. Por ello se tiene que garantizar que durante el proceso exista la posibilidad de conocer que se puede aplicar esta medida y la posibilidad de defenderse⁵¹.

4.7 PLAZO DE DURACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO

En cuanto al plazo de duración de la prohibición de regresar a España, en el 89.5 CP se establece una prohibición de regreso a España de entre cinco y diez años a contar desde la fecha en que se materialice la expulsión. Este plazo debe solicitarse y fijarse tanto si se pide la expulsión parcial de la pena como si se insta el cumplimiento total de la pena, sin perjuicio de que se proceda a la expulsión al alcanzar el tercer grado de clasificación penitenciaria o la libertad condicional.

La fijación del plazo dentro de ese arco exigirá tener en cuenta la duración de las penas sustituidas y las circunstancias personales del penado. Según la Circular de la Fiscalía 7/2015, orientativamente se establece la siguiente escala: hasta dos años de prisión, cinco años de prohibición de regreso; a partir de dos años de prisión hasta cinco

⁵¹ Según CANO CUENCA, A., “Suspensión de ejecución de la pena...” cit., pág. 372, el trámite de audiencia sigue vigente, tanto si la expulsión se decreta en la sentencia, como si es en un momento posterior.

años, un plazo de prohibición de regreso de entre seis y nueve años; penas de prisión de más de cinco años, una prohibición de regreso de diez años.

4.8 ASEGURAMIENTO CAUTELAR DE LA EJECUCIÓN

En el art. 89.1.8 CP se establece la posibilidad de ingresar al extranjero condenado en sentencia penal en un Centro de Internamiento de Extranjeros para garantizar la ejecución de la correspondiente orden judicial de expulsión. Sin embargo, se tendrán en cuenta los límites y garantías previstos en la ley. En este sentido, el periodo máximo de internamiento es de 60 días, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62.2 de la Ley de Extranjería.

El ingreso en estos centros de condenados a penas de prisión se debe realizar de manera restrictiva puesto que son establecimientos públicos, no penitenciarios, que no disponen ni de medidas de seguridad adecuadas ni de personal especializado. Se aconseja que se utilice para condenados a penas de prisión que por su duración y demás circunstancias concurrentes en el hecho y el autor sean virtualmente susceptibles de suspensión condicional en los términos del art. 80 CP, ya que indicaría que el reo presenta un perfil bajo de peligrosidad.

4.9 IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN

Sigue lo establecido en la redacción anterior, que determinaba que si no podía llevarse a cabo la expulsión sustitutiva 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.

4.10 QUEBRANTAMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO

Se establecen dos supuestos, igual que en el texto anterior: que efectivamente logre regresar a España vulnerando la prohibición de regreso o que sea sorprendido en la frontera.

Si es sorprendido en la frontera, se procederá a su expulsión de nuevo y se reiniciará el cómputo del plazo en su integridad. A este respecto no se presentan novedades.

En el caso de que logre efectivamente volver a España y sea sorprendido, se produce una variación. Persiste la previsión de que cumpla la pena que le fue sustituida⁵², pero se prevé la posibilidad de que el juez reduzca la duración de la condena cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, atendiendo al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento.

Para ser beneficiario de esta reducción ha debido cumplir la prohibición de regresar durante un tiempo adecuado y que las circunstancias que le muevan a incumplir la prohibición sean socialmente aceptables (visitar a un enfermo, nacimiento de un hijo), no con ánimo de cometer nuevos delitos.

5. CONCLUSIONES Y OPINIÓN PERSONAL

En conclusión, el artículo 89 CP ha sido un artículo no carente de polémica y problemas. Esto lo podemos apreciar en las numerosas veces que se ha visto reformado desde su primera introducción en el CP 1995.

Podemos observar cómo se ha ido endureciendo paulatinamente, y cómo en los últimos años se ha intentado flexibilizar de algún modo su aplicación.

De esta manera, la LO 8/2000, introdujo la modificación de prohibir la medida de expulsión cuando se hubieran cometido determinados delitos.

La LO 11/2003 endurece claramente el artículo 89 CP con la incorporación de los siguientes elementos: configurar la expulsión como la regla general, unificar el plazo de prohibición de regresar a España siendo independiente de la pena que se estuviera sustituyendo. La LO 5/2010, consigue recuperar que el plazo de prohibición se determine en función de la pena sustituida.

El texto vigente del artículo 89 CP tiene como elementos característicos: la posibilidad de aplicar la medida de expulsión a todos los extranjeros que sean condenados en España, sean o no residentes legales (gracias a esta novedad, por primera

⁵² En SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Comentarios al artículo 89 CP...”, cit., pág. 799, se dice que es una medida que ya estaba prevista en la LO 5/2010, y parece tener sentido para disuadir más eficazmente del regreso, aunque no es descartable el efecto contrario si tenemos en cuenta que muchos de los penados muestran su disconformidad con la expulsión prefiriendo el cumplimiento en nuestro país de la pena.

vez se podrá expulsar a ciudadanos de la UE). Con el objetivo de satisfacer las exigencias de prevención, se permite que aquellos sujetos con penas inferiores a 5 años, que normalmente serían expulsados sin ninguna otra consideración, cumplan parte de la condena en España y posteriormente sean expulsados. Por primera vez se materializa en el CP la previsión de que no procederá la expulsión cuando resulte desproporcionada teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y las personales del condenado, especialmente su arraigo en España (algo que si bien se había establecido anteriormente debido a interpretaciones jurisprudenciales, ahora queda cristalizado).

Llegados a este punto, creemos estar en condiciones de poder argumentar cuál es nuestra opinión en relación con este tema, teniendo en cuenta lo que hemos leído y respaldando esta opinión en la medida de lo posible con datos u opiniones de otros autores.

En lo que respecta a la finalidad de esta medida, hemos de decir que en nuestra opinión tiene un marcado carácter de política penitenciaria y que guarda relación con política de calidad de la inmigración. Es decir, se trata de una figura penal que busca descongestionar las prisiones y racionalizar recursos económicos y además expulsar del territorio nacional, con prohibición de regresar durante tiempo determinado, a extranjeros condenados por la comisión de delitos.

Como ya se comentó en la introducción, la finalidad de desmasificar las cárceles ha sido admitida, en gran medida, por la doctrina⁵³. Y de igual modo, se ha venido admitiendo que esta figura suponía un complemento a la Ley de Extranjería que permitía seccionar la calidad de los flujos migratorios⁵⁴.

⁵³ En este sentido; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, págs. 648-649; MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tercera edición, Madrid, Civitas, 1996, pág. 109.

⁵⁴ En RODRIGUEZ YAGÜE, C., “El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2012, n. ° 14-07, pág. 07:3 se dice “De esta manera, con la figura de la expulsión, el Derecho penal asume un papel de complemento perfecto a la legislación de extranjería, aunque sus principios y lógicas sean muy diversas y no tendrían por qué ser confluyentes.” En el mismo artículo, en la pág. 07:2 define la Ley de Extranjería como “una regulación administrativa dirigida hacia una migración fundamentalmente de carácter económico y frente a la que el legislador opta por la selección del perfil de extranjero al que necesita”. En PERIS RIERA, J. y MADRID CONESA, F., “Artículo 89”, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Edersa, 2000, págs. 1201-1209, se nos dice que el fundamento de la expulsión prevista en el artículo 89 del Código Penal está “ceñido a objetivos de marcado cariz defensivo”. Las finalidades de seleccionar la calidad de los extranjeros y de disminuir la población penitenciaria “nos reconducen a auténticas finalidades de defensa social”.

Las críticas a este respecto han venido por parte de diversos autores. Sobre que tenga una finalidad puramente penitenciaria, autores como MANZANARES SAMANIEGO⁵⁵, han tachado esta medida como irresponsable debido a que se compagina mal con las exigencias de prevención general. En el mismo sentido se expresa CEREZO MIR⁵⁶, que califica esta medida de “utilitarismo burdo y miope que implica un grave menoscabo de las exigencias de la reafirmación del Ordenamiento Jurídico y de la prevención general”.

Con todo el respeto que merecen estos autores, en nuestra opinión, gracias a la redacción actual del precepto, la exigencia de prevención general no se ve vulnerada. Por un lado, la norma penal, atendiendo a la exigencia de prevención general busca servir de amenaza para que los ciudadanos no cometan delitos. Por ello, gracias a la redacción actual que prevé la posibilidad de sustituir la pena total o parcialmente (atendiendo a que se debe garantizar la defensa del orden jurídico y a restablecer la confianza en el sistema) y pese a que se tenga que valorar la proporcionalidad de la medida, introduce la posibilidad de que se expulse al extranjero y esto suponga un castigo para el sujeto infractor. Por lo tanto, esta medida supondrá una amenaza para que los extranjeros no cometan delitos ante la posibilidad de ser expulsados. En ese sentido se expresa también RODRÍGUEZ CANDELA⁵⁷.

Para aquellos sujetos que consideran la expulsión como un beneficio, se contempla que, en aras de la prevención general positiva, cumplan parte o toda la condena en territorio español, siempre que se considere necesario para garantizar la defensa del orden jurídico y el restablecimiento de la confianza en el sistema. Por lo que, en nuestra opinión, esta medida sí responde a las exigencias de prevención.

El aspecto que ha también ha recibido críticas es que esta medida no contempla la función resocializadora. En lo que respecta a este tema, podemos decir que tiene parte de razón cuando la consecuencia final de la medida es la expulsión del territorio español. Sin embargo, con la nueva redacción, existen casos en los que no se podrá expulsar al condenado extranjero, atendiendo a circunstancias como el arraigo y otras

⁵⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J., “Comentarios al Anteproyecto de Código Penal de 1992”, en *Actualidad Penal* 1992-1, pág. 231.

⁵⁶ CEREZO MIR, J., *Estudios sobre la reforma penal española*. Tecnos, 1993, págs. 161 y 207.

⁵⁷ RODRÍGUEZ CANDELA, J., “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”, *Jueces para la democracia*, n. ° 33, 1998, págs. 69-70.

relativas al autor y al hecho concreto. Por ello, podemos decir que suaviza esta ausencia de función resocializadora.

Sobre el asunto de que supone una medida que complementa a la Ley de Extranjería y que permite seleccionar la calidad de los inmigrantes hemos de decir que tiene razón de ser, ya que para unos mismos hechos se contemplan medidas distintas en función de si eres nacional español o extranjero. Sin embargo, tal y como establece MUÑOZ RUIZ, “la norma penal no debe distinguir entre ciudadanos españoles y nacionales de otros estados. Por tanto, esta fórmula sustitutiva habría de ser expulsada del ámbito penal, o en su caso, ser excepcionalísima, siempre motivada, y atinente a la prevalencia de las consideraciones estrictamente jurídico-penales”. Es decir, gracias a la actual redacción que dificultará en cierta medida la aplicación de la expulsión (ya que habrá que atender a la proporcionalidad) que atiende a características jurídico penales (garantizar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma) se puede defender la presencia de esta figura penal.

En cuanto a su naturaleza, seguimos la opción del sector de la doctrina que considera que la ausencia de su mención en el catálogo de penas y su inclusión en el listado de medidas no privativas de libertad del 96.3.2º del CP, obliga a entender que la expulsión sustitutiva, es, en todo caso, una medida de seguridad⁵⁸.

Esta opción sería congruente con los que venimos defendiendo de expulsar a los extranjeros de acuerdo a exigencias de prevención.

Otra de las críticas que se habían realizado respecto a este artículo es la de que presenta una clara “ambivalencia aflictiva”. Se consideraba que atendiendo a las circunstancias del individuo concreto, la expulsión podía suponer un beneficio en unos casos, y en otros un castigo.

Desde nuestro punto de vista, con el nuevo texto vigente, se elimina tal problema, porque se prevé que en determinados casos se tenga que cumplir parte de la pena para recuperar la confianza en la norma y garantizar la defensa del orden jurídico (por lo que los que la consideraban un beneficio no se ven inmediatamente

⁵⁸ TORRES FERNÁNDEZ, M., *La expulsión de extranjeros en derecho penal*, Las Rozas, Madrid, La Ley, 2012, pág. 67

beneficiados), y con la introducción de la valoración de la proporcionalidad, en algunos casos se permitirá cumplir la condena en el país.

Por ello podemos concluir, que es una medida que, aunque no está carente de conflicto y de problemas, es pertinente y ayudará a cumplir los objetivos y fines para los que se creó.

6. BIBLIOGRAFÍA

BARQUÍN SANZ, J., y LUNA DEL CASTILLO, J., “Aplicación práctica de la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad una aproximación estadística”, en *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 10, 2013, págs. 415-470.

CANCIÓ MELIÁ, M., “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (artículo 89 CP)”, Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005, págs. 183-216.

CANO CUENCA, A., “Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión (arts. 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015

CEREZO MIR, J. *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, Tecnos 1993.

DÍEZ RIPOLLÉS, J., “El nuevo modelo de seguridad ciudadana”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 49, 2004.

GONZÁLEZ CUSSAC, J., “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, en *Revista Xurídica Gallega*, n.º 38, 2003, págs. 13-38.

GRACIA MARTÍN, L. y ALASTUEY DOBÓN, C., “Suspensión de la ejecución, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional” en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5.º ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2016.

IGLESIAS RÍO, M., “La expulsión de extranjeros”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomsom Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015

INFORME AMNISTÍA INTERNACIONAL (2014). El coste humano de la Fortaleza Europea: violaciones de Derechos humanos cometidas en las fronteras de Europa contra personas migrantes y refugiadas.

LAURENZO COPELLO, P.: “Últimas reformas en el Derecho Penal de extranjeros. Un nuevo paso en política de extranjería”, en *Jueces para la democracia*, n. ° 50, 2004, págs. 30-35.

LEGANÉS GÓMEZ, S., “La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015”, *Diario La Ley*, N° 8579, Sección Doctrina, 9 de Julio de 2015, Editorial LA LEY.

LÓPEZ FONSECA, O. (2016). El alto precio de encarcelar: España gasta 3 millones de euros al día en mantener a sus presos. Recurso online: Vozpopuli.com: <http://vozpopuli.com/actualidad/38176-el-alto-precio-de-encarcelar-espana-gasta-3-millones-de-euros-al-dia-en-mantener-a-sus-presos> [Accedido el 4 de Mayo de 2016].

MANZANARES SAMANIEGO, J., “Comentarios al Anteproyecto de Código Penal de 1992”, en *Actualidad Penal*, 1992-1.

MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tercera edición, Madrid, Civitas, 1996.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, *Indret, Revista para el análisis de Derecho*, Barcelona, julio de 2009.

MORENO FUENTES, F. y BRUQUETAS CALLEJO, M. (2011), *Inmigración y estado de bienestar en España*. Barcelona, Obra Social la Caixa.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

MUÑOZ LORENTE, J., “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. ° Extra 2. (2004), págs. 401-482.

MUÑOZ RUIZ, J., “La expulsión penal: nuevas tendencias legislativas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2014, núm. 16- 05.

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

PERIS RIERA, J. y MADRID CONESA, F., “Artículo 89”, en *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Edersa, 2000.

PORTILLA CONTRERAS, G., *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Valencia, Tirant lo blanch, 2007.

RODRÍGUEZ CANDELA, J., “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”, en *Jueces para la democracia*, n. ° 33, 1998, págs. 69-70.

RODRÍGUEZ MESA, M., “El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina. Funciones instrumentales y simbólicas” en PÉREZ ÁLVAREZ, F (coord.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

ROIG TORRES, M., “La expulsión de los extranjeros en el proyecto de reforma del Código Penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH. Unas notas sobre el derecho británico”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV (2014), págs. 423-509.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2012, núm. 14-07.

SALINERO ECHEVARRÍA, S., “La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”, en *Política Criminal*. Vol. 6, n. ° 11 (julio 2011).

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Comentarios al artículo 89 CP”, en GÓMEZ TOMILLO (Dir.), *Comentarios prácticos al CP, Tomo 1, Parte General artículos 1-137*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2015.

SANZ MORÁN, A., “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, en *Revista de Derecho Penal*, n. ° 11 (2004), págs. 11-40.

TORRES FERNÁNDEZ, M., *La expulsión de extranjeros en derecho penal*, Las Rozas, Madrid, La Ley, 2012.