

..ReCrim2012..

LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS COMO SUSTITUTIVA DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Vicente José Martínez Pardo

Secretario Judicial

Profesor Asociado de Derecho procesal – Universitat de València

extranjeros irregulares – expulsión de extranjeros –
sustitución de penas – medidas de seguridad
*foreigners in irregular situation – expulsion of foreigners –
substitution of sentences – security measures*

El Código Penal de 1995 establece como institución sustitutiva de la pena, para los ciudadanos extranjeros irregulares, la expulsión del territorio nacional. Esto se prevé no sólo para sustituir a la pena impuesta sino también a la medida de seguridad. La regulación de esta materia, fundamentalmente el artículo 89 CP, ha sido modificada en los últimos años, la última por LO 5/2010, adaptando nuestra legislación a la doctrina jurisprudencial ordinaria, constitucional y europea.

The Criminal Code of 1995 provides as alternative institution of punishment for irregular foreigners, expulsion from the country. This is expected not only to replace the sentence but also a security measure. The regulation of this matter, primarily CP article 89 has been amended in recent years, most recently by LO 5/2010, adapting our legislation to the ordinary, constitutional and European case law.

Recibido: 21/04/12

Publicado: 31/08/12

© 2012 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Investigación en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad *en línea* en <http://www.uv.es/recrim>

I. Introducción - II. Sustitutivo del cumplimiento íntegro de la pena - II.A) Naturaleza jurídica
II.B) Presupuestos de aplicación de la expulsión sustitutiva - II.B.1. Ciudadanos no comunitarios
II.B.2. La prueba de la residencia legal - II.C) Aspectos procedimentales y procesales - II.D) Efectos de la expulsión - II.E) Ejecución de la medida de expulsión - III. Sustitutivo del último cuarto de la pena o del tercer grado - II.A) Procedimiento - IV. La expulsión como sustitutivo de la medida de seguridad

I. Introducción

La inmigración masiva irregular hacia España desde hace unas décadas ha supuesto una reacción legislativa y jurisprudencial que afecta al ámbito de la Jurisdicción Penal y a la potestad administrativa sancionadora. De manera concreta, en los supuestos en los que el extranjero en situación irregular que debe ser expulsado de España y que además está incurso en un proceso penal exige una legislación armónica en el ámbito penal y administrativo para evitar contradicciones.

Las dos instituciones que tratan de lograr esta síntesis armonizadora son la expulsión sustitutiva regulada en los artículos 89 y 108 CP y la autorización judicial de

expulsión prevista en el artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En ambos supuestos se trata de dar preferencia a la expulsión sobre el enjuiciamiento, en un caso, y sobre la ejecución penal, en el otro. Las razones en que se fundamentan son básicamente utilitarias, porque se parte de que considerado globalmente el problema por estos extranjeros es preferible conseguir su expulsión del territorio nacional, ahorrando costes derivados de su enjuiciamiento penal o de la correspondiente ejecución, partiendo de que el destino final va a ser la expulsión¹.

El objeto de esta investigación se limita, por razones de espacio, al estudio de la respuesta que da el sistema penal a los supuestos de expulsiones de ciudadanos extranjeros *condenados en un proceso penal*. Tratamos solamente las relaciones entre el extranjero autor de delitos y condenado por ello y la potestad penal, teniendo en cuenta conforme a lo establecido por el Tribunal constitucional que “la expulsión de ciudadanos imputados y/o condenados no supone una alternativa al cumplimiento de la pena sino la suspensión de la potestad estatal de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado conforme a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional”².

En el Código Penal de 1995 se distinguen tres supuestos distintos de expulsión penal: a) Como medida sustitutiva de las penas de prisión inferiores a seis años (artículo 89.1 CP); b) Como cumplimiento de las penas de prisión de larga duración cuando el extranjero ya hubiese cumplido las tres cuartas partes de la condena o tercer grado penitenciario (artículo 89.5 CP); y c) Como medida de seguridad (artículo 108 CP). Vamos a examinar en primer lugar el supuesto de sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años³.

II. Sustitutivo del cumplimiento íntegro de la pena

Regulada en el artículo 89, 1, párrafo primero del Código Penal de 1995⁴, que fue modificado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre⁵, y por LO 5/2010, de 22 de junio.

¹ DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Autorizaciones de expulsión y crisis del proceso penal*, Estudios del Ministerio Fiscal, CEJAJ, 2007, pág. 2.

² STC 203/1997, de 25 de noviembre; STC 24/2000, de 31 de enero y ATC 106/1997, de 17 de abril.

³ Resultan interesantes los estudios realizados por ARIAS SENSO, M., “Expulsión de extranjeros condenados: Aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 8 de julio 2004”, *Diario La Ley* núm. 6160, 3 de enero de 2005; y DE LA ROSA CORTINA, J.M., *La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados por delito: Aspectos sustantivos y procesales*, Estudios del Ministerio Fiscal, CEJAJ, año 2004. ARIAS SENSO, M., *La respuesta penal: Expulsión de extranjeros imputados y condenados: Aproximación crítica a una legislación de emergencia*, Estudios del Ministerio Fiscal, CEJAJ, 2007.

⁴ El antecedente de esta medida se encuentra en el artículo 212.2ª de la LO 7/1985, de extranjería, que establecía: “cuando un extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta”.

⁵ La LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que modificó los números 1, 2 y 3 de este precepto, introdujo como novedades más relevantes: 1. Se configura la expulsión como preceptiva con

Esta última reforma, entre otros aspectos relevantes, ha eliminado su naturaleza automática, ha flexibilizado los momentos en que puede decidirse, ha ampliado considerablemente las posibilidades de aplicación parcial a cualquier clase de pena privativa de libertad y ha establecido un sistema más riguroso para el caso del quebrantamiento de esta medida de seguridad.

La LO 5/2010 ha dado la siguiente redacción al artículo 89 CP:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

carácter general para las penas privativas de libertad inferiores a seis años, siempre que aquélla pueda llevarse a cabo; 2. Para las penas superiores a seis años, se equipara el cumplimiento de las tres cuartas partes al acceso al tercer grado penitenciario; 3. Se priva a los extranjeros no residentes legalmente en España de la posibilidad de acogerse a los beneficios de la suspensión de la ejecución y de la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas; 4. Se aumenta notablemente el plazo de prohibición de regresar a España que se fija con carácter unívoco de 10 años y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena; 5. La expulsión acarrea el archivo de cualquier procedimiento administrativo tendente a obtener la autorización para trabajar o residir en España; 6. El mero intento de quebrantamiento de la expulsión o prohibición de regresar se sanciona, además de con la devolución por la autoridad gubernativa, con el inicio de nuevo del cómputo en su integridad del plazo de prohibición de entrada.

II.A) Naturaleza jurídica

En principio debemos considerar que la naturaleza de la medida es la de una modalidad de sustitución de las penas cortas de prisión por otras formas de cumplimiento de la pena, considerándola el Código Penal de 1995 como una medida alternativa a la sanción penal de privación de libertad. En la doctrina se ha criticado esta medida por entender que disminuye el efecto de prevención general o que responde exclusivamente a meras razones político-criminales utilitaristas, o bien que sólo pretende reducir la población penitenciaria extranjera⁶.

Más que un supuesto de sustitución de la pena, la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente en España supone una dejación de la potestad de ejecutar determinadas penas de prisión impuestas por delito por razones de oportunidad política, ya que tal medida no puede justificarse desde objetivos de prevención general ni especial⁷.

La expulsión sustitutiva no es una pena porque no viene expresamente mencionada en el catálogo que de las mismas establece el artículo 33 CP. La expulsión se considera por el Código Penal como una medida de seguridad no privativa de libertad, sólo aplicable a los extranjeros no residentes legalmente en España (artículo 96.3.2º CP). Algún autor la ha definido como medida de seguridad con efectos penológicos⁸. Otros autores han destacado que el artículo 89 CP supone introducir en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad⁹. La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001 mantuvo el criterio favorable a la expulsión para los delitos de naturaleza menos grave, si no concurren en el caso particular circunstancias especiales que lo desaconsejen¹⁰. Actualmente la Circular 5/2011, de 2 de noviembre, para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e

⁶ PAZ RUBIO, J.M., “Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional”, *La Ley Penal*, núm. 10, noviembre 2004, pág. 1.

⁷ En ese sentido opina LÓPEZ LORENZO, V., “La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal”, en *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, La Ley, número 9, octubre, 2004, pág. 11.

⁸ CALVO-RUBIO BURGOS, J.B., *Tratamiento del extranjero ante la jurisdicción penal: autorización judicial para la expulsión administrativa. La expulsión como sustitutivo penal y como medida de seguridad. Su quebrantamiento*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, CEJAJ, Madrid, 1999-II, pág. 262.

⁹ PALOMO DEL ARCO, A., (*Criminalidad organizada e inmigración ilegal*, en Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 2001, 2) opina que la expulsión supone una forma atípica de truncamiento del proceso, la introducción de un cierto criterio de oportunidad que no se corresponde ni se integra con la sistemática de nuestro proceso penal. Implica además la renuncia del *ius puniendi* ante la exigencia de ejecuciones de índole administrativa, que tampoco resulta coherente con la preeminencia de la actividad jurisdiccional frente a la administrativa sancionadora. La justificación que pudiera tener deriva de evitar el fraude que implica la comisión de pequeños delitos para demorar la expulsión del país; su regulación genérica la configura como una medida de política criminal meramente utilitarista, de difícil justificación preventiva.

¹⁰ La Circular 3/2001, de la Fiscalía General del Estado, considera que la medida de expulsión se configura en estos casos “como una suspensión de la potestad jurisdiccional en su modalidad de hacer ejecutar lo juzgado en aras a preservar otros fines igualmente valiosos para el estado relacionados con su política de extranjería, fines respetables, que podrán adquirir preponderancia siempre y cuando no impidan la realización elemental de los fines de prevención general y afirmación del ordenamiento jurídico que justifican la existencia de la pena y que se verían resueltamente lesionados si la praxis derivase a una aplicación indiscriminada de la medida de expulsión”.

inmigración, establece los criterios a seguir en interpretación del art. 89 CP, sustituyendo las anteriores Circulares, Consultas e Instrucciones dictados sobre la sustitución judicial de las condenas¹¹.

La doctrina constitucional ha señalado que lo característico de tal sustitución es la suspensión de la potestad penal en la medida que la expulsión de ciudadanos extranjeros imputados o condenados no supone una alternativa al cumplimiento de la pena sino la suspensión de la potestad estatal de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado¹².

El legislador tras la regulación en el artículo 89 CP, dada por LO 11/2003, quiso la expulsión de las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España, intentando evitar que los extranjeros que se encuentran ilegalmente puedan ser “invitados” a la delincuencia como medio para conseguir eludir la expulsión, se pretende poner fin a la práctica de cometer delitos como forma de permanecer en España¹³. Con ello la expulsión se convierte en la regla general frente a la excepción que será el cumplimiento de las penas de prisión en un centro penitenciario, por ello, se establece la sustitución de la pena como regla imperativa, frente a la anterior redacción facultativa. El legislador quiso quitar el arbitrio judicial, ya que antes de la reforma de 2003 se decía “*podrá expulsar*”, no “*expulsará*”, obligando en caso contrario al Juez a motivar por qué no expulsa. Esto ocurrirá cuando la situación personal del inculcado le permita hacer frente a las consecuencias del delito y existan en el proceso penal perjudicados que puedan obtener la satisfacción dentro del mismo. El cambio es claro, y así se reconoce en STS, Sala 2ª, de 8 de julio de 2004¹⁴, cuando señala:

[...] con el propósito confesado en la Exposición de Motivos 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 [...] justificándose tal decisión porque

¹¹ Son textos de la Fiscalía General del Estado referentes a esta normativa: Consulta 5/1987, Consulta 2/1990, Circular 1/1994, Circular 3/2001, Circular 1/2002 y Circular 2/2006.

¹² Conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional se pueden señalar dos situaciones distintas: a) Si se trata de expulsión no voluntaria, estamos en presencia no de una pena sino de una medida restrictiva de los derechos del extranjero que el Estado puede imponerle legalmente, entendiéndose que no existe un derecho constitucional a la reinserción y debiendo entenderse el artículo 25.2 CE como una simple orientación (STC 242/1994, de 20 de julio (RTC 1994, 242) y STC 203/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997, 203); b) Si consiente el afectado, estamos en presencia de un beneficio en la medida que se le permite evitar el cumplimiento penitenciario, sin que ostente derecho subjetivo ninguno a ello (ATC 106/1997, de 17 de abril (RTC 1997, 106, Auto), y STC 24/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 24). En definitiva, cuando se ejecuta una expulsión sustitutiva, la política criminal se ve desbordada por la política de extranjería, y lo que son, como dice el TC “dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes”. Esta esquizofrenia o desdoblamiento de naturaleza se refleja en que puede considerarse como una medida restrictiva de derechos o como un beneficio, según se imponga contra la voluntad del reo o a petición del mismo.

¹³ PALOMAR OLMEDA, A., “Los derechos de los extranjeros: un filón para la jurisprudencia” (*Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 367, 2004), pág. 3. También interesa ver: DE LA ROSA CORTINA, J.M., “La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años, tras la LO 11/2003”, *Diario La Ley*, 17 de junio de 2004, que opina las razones de utilitarismo y de control de migraciones desbordan y desplazan a cualquier otra consideración. El legislador quiere ante todo que los inmigrantes ilegales que cometan delitos sean expulsados, este deseo se plasma inequívocamente en la nueva redacción que la LO 11/2003 da a la institución de la expulsión sustitutiva.

¹⁴ STS, Sala Segunda, de 8 de julio 2004 (La Ley Juris 1682/2004).

la expulsión se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y han delinquido”.

En definitiva, la redacción dada el art. 89 por la LO 11/2003, establecía como norma sin excepciones que el extranjero que cometa un delito castigado con pena inferior a seis años o es expulsado o cumple en un Centro Penitenciario español, sin posibilidad de ninguna otra opción, ni siquiera las de sentido humanitario. Además, con ese afán el legislador solamente contempla como razón excepcional que justifique el cumplimiento de la pena en España la “*naturaleza del delito*”, sin hacer mención de las circunstancias personales del imputado.

En todo caso, no debe olvidarse la incidencia directa que tal medida va a tener en la población reclusa al provocar una drástica disminución del número de extranjeros en prisión¹⁵. De hecho, el fundamento de esta institución parece debe buscarse en “razones político-criminales utilitaristas”¹⁶, fundamentalmente tendentes a reducir la población interna en centros penitenciarios, donde los extranjeros se aproximan al 20% del total de los penados.

Pero la reforma de 2003 no fue la última de este artículo, la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, asume las interpretaciones jurisprudenciales y constitucionales que pretendieron solventar las dificultades propiciadas por una interpretación estricta de la anterior redacción del precepto, introduciendo las siguientes novedades: En el apartado 1º, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, elimina el carácter automático de la expulsión y el carácter excepcional del cumplimiento de la pena en centro penitenciario. Disipa las dudas y expresamente autoriza a que la expulsión se realice con posterioridad a la sentencia en auto motivado. También se establece que la expulsión una vez accedido al tercer grado penitenciario o cumplidas las ¾ partes de la condena, que se preveía para las penas de prisión de seis o más años (contemplada en el párrafo 2º del apartado 1 de la redacción dada por LO 11/2003), se generaliza a cualquier pena privativa de libertad. En el apartado 6º contempla expresamente en consonancia con la Disposición Adicional Decimoséptima de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, en los supuestos en que el penado no quede definitivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, la posibilidad de acordar el ingreso en un centro de internamiento de extranjeros para que se pueda llevar a efecto la expulsión, en los términos y con los límites y garantías previstos por la Ley para la expulsión gubernativa.

También contempla expresamente, de conformidad con la doctrina sentada por el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 2006, que cuando la expulsión no pueda llevarse efectivamente a cabo, el penado gozará de la posibilidad de obtener la suspensión o la sustitución de la pena originariamente impuesta.

II.B) Presupuestos de aplicación de la expulsión sustitutiva

¹⁵ Algún autor como PALOMAR OLMEDA, A. (*Tratado de extranjería*, Navarra, 2004, págs. 429 y ss.), duda de su admisibilidad en términos jurídicos por lo rudimentario de su línea argumental y por el sustrato diferencial que, en razón únicamente a la condición de extranjero, se produce. Resultan interesantes, asimismo, los comentarios efectuados a la STS de 8 de julio 2004, por PALOMAR OLMEDA, A., *Los derechos de los extranjeros: un filón para la jurisprudencia*, cit., pág. 4.

¹⁶ En ese sentido, DE LA ROSA CORTINA, J.M., “La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la LO 11/2003”, *Diario La Ley* de 17 de junio de 2004, pág. 3.

Son requisitos *objetivos* para la sustitución de la pena:

1.º Que la pena privativa de libertad sea inferior a seis años.

Son sustituibles todas las penas privativas de libertad inferiores a seis años, esto es, de conformidad con el artículo 35 CP, no sólo las penas de prisión que no superaran aquella duración, sino también las de localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

Respecto a la pena privativa de libertad subsidiaria por impago de multa (artículo 53 CP), nosotros nos inclinamos a pensar que no es posible porque el legislador en la última reforma del CP ha modificado el artículo 81.2 con el siguiente contenido: “*Que la pena o pena impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a seis años [de prisión], sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de multa*”¹⁷.

Interpretando este requisito, la Circular 2/2006 también sostenía que debería quedar excluida de su ámbito de aplicación la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa debido a que dada su propia naturaleza era imposible decidirla en el momento de dictarse sentencia (argumento ya superado al admitir la nueva redacción del artículo 89 CP que la expulsión pueda acordarse en auto motivado posterior a dictarse sentencia) y, además, porque implicaba incorporar un elemento injustificado de discriminación al hacer depender la puesta en marcha de la expulsión de la disponibilidad de recursos económicos para hacer frente al pago de la multa.

Del mismo modo, se entendía que, en relación con la pena de localización permanente, había de exigirse que en todo caso la pena impuesta lo fuera por delito, no debiendo reputarse título suficiente para posibilitar la expulsión sustitutiva una condena a pena privativa de libertad por una simple falta, porque pese al silencio de la Ley, una interpretación acorde con la exigencia constitucional de respeto al principio de proporcionalidad vedaba cualquier otra alternativa.

Estas conclusiones han de ser revisadas en atención al principio de coherencia del ordenamiento jurídico y de la correcta delimitación del principio de proporcionalidad¹⁸.

Por lo tanto, según la Circular 5/2011 no constituye un obstáculo a esta interpretación, admitiendo la expulsión por localización permanente y responsabilidad

¹⁷ MARTINEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 125, señala que hay argumentos para oponerse a una respuesta afirmativa. El primero, que siendo la sentencia el momento procesal adecuado para resolver sobre la sustitución de la pena por expulsión, difícilmente cabe resolver sobre tal sustitución en un momento en el que se desconoce si el condenado procederá o no al pago de la multa. El segundo motivo estriba en la tendencia jurisprudencial a no dar a dicha pena subsidiaria el tratamiento específico de las penas de prisión. Así, antes de la entrada en vigor de la LO 15/2003, se venía considerando que, a efectos de suspensión de pena, la pena subsidiaria por impago de multa no podía sumarse a la pena privativa de libertad impuesta en sentencia a efectos de la concesión de la suspensión de condena.

¹⁸ La Circular FGE 5/11, de 2 de noviembre considera que “*tiene pleno sentido considerar injusta y desproporcionada la sustitución por la expulsión de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa o de las penas privativas de libertad impuestas por la comisión de una falta cuando la condena impuesta se funde en la comisión de hechos aislados o perfectamente delimitados que no acrediten un comportamiento del extranjero claramente hostil a nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, no será desproporcionada la expulsión cuando la falta o el delito cometido castigado con pena de multa impagada 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*”.

personal subsidiaria, la regla establecida en el artículo 71.2 CP (cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la Sección II del Capítulo III de este Título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda) toda vez que la remisión abarca las propias disposiciones del artículo 89 CP, que se encuentra ubicado en esa sección, entre ellas la expulsión sustitutiva.

Otra cuestión es la referente al límite de los seis años de prisión. Según la literalidad del artículo 89 CP, lo determinante para decidir la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá de tenerse en cuenta la concreta pena que se ha impuesto en la sentencia. Por ello, aunque la pena señalada para el delito fuera superior al límite de los seis años, cabría la expulsión cuando, ya como consecuencia de la concurrencia de eximentes, circunstancias modificativas, grados de ejecución o de participación, ya como consecuencia de la utilización del arbitrio judicial autorizado por las reglas penológicas, se impusiera una pena inferior a aquél límite.

Se plantea la cuestión de si cabe la sustitución en el supuesto de que en una misma sentencia el reo sea condenado a varias penas inferiores a los seis años de prisión, pero sumadas excedan dicho límite. La utilización por el artículo 89.1 de “*las penas privativas inferiores a seis años impuestas...*”, nos llevan a optar por la interpretación favorable a excluir la sustitución cuando la suma de las penas impuestas exceda del límite de los seis años.

En sentido contrario se expresa la STS 521/2010, de 26 de mayo:

“Nada impide aplicar la expulsión sustitutoria aunque la suma de las penas supere los seis años de privación de libertad dado que el citado precepto a diferencia del art. 81.2, relativo a la suspensión, no especifica si se refiere a la suma o conjunto de penas impuestas en la misma sentencia, o a cada una de ellas individualmente consideradas, 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...”) aboga por este criterio (STS 1400/2005)”¹⁹.

2.º Que se trate de un delito cuya naturaleza no justifique excepcionalmente el cumplimiento de la pena en España.

3.º Que no se trate de los delitos expresamente excluidos por ley: artículos 312, 313 y 318 bis CP (artículo 89,7 CP reformado por LO 5/2010). En la última reforma se soluciona la asincronía que se produjo en la anterior redacción y elimina las menciones los artículos 515.6º, 517 y 518, porque las conductas que en ellos se recogían fueron ubicadas por la LO 15/2003 en el art. 318 bis. La justificación de esta exclusión legal es evitar que los responsables de estos delitos puedan beneficiarse de la sustitución del procedimiento penal.

¹⁹ La Circular FGE 5/2011 afirma que “*a idéntica conclusión nos lleva una interpretación sistemática del art. 89 CP en relación con el art. 57.7 LOEX que, cuando regula el otro gran supuesto de renuncia al ius puniendi (autorización de expulsión en causas por delitos penados con privación de libertad inferior a seis años), expresamente incluye el supuesto de pluralidad de causas y por ende de eventuales plurales condenas: así el precepto dispone que en el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización*”.

En esta enumeración de delitos relacionados con el tráfico ilegal de personas no se contempla el delito de tráfico de personas para su explotación sexual del artículo 188.2 CP²⁰.

Son requisitos *subjetivos*:

1.º Que el extranjero sea no residente legalmente en España. Antes de la reforma por LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), tratándose de penas de prisión superiores a seis años, sólo se exigía que el penado fuera extranjero, independientemente de que se encontrara o no residiendo de forma legal en España; tras la reforma de 2000 se requiere que se trate de un extranjero no residente legalmente en España. Debemos entender que no reside legalmente en España el extranjero que, estando obligado a ello, no ha obtenido un permiso de residencia temporal o definitivo, lo que excluye a los ciudadanos comunitarios y asimilados²¹.

De los pocos presupuestos del artículo 89 CP que permanece inalterable tras la reforma de 2010 es el relativo al ámbito subjetivo de aplicación: tanto la expulsión sustitutiva de la condena en su integridad (apartado primero del artículo 89 CP) como la parcial (apartado quinto del artículo 89 CP) sólo pueden ser impuestas a los extranjeros no residentes legalmente en España, esto es, aquellos extranjeros que carecen de un permiso administrativo de residencia en territorio español.

Para poder delimitar el concepto de residencia legal se hace preciso distinguir según que al ciudadano afectado le sea aplicable el régimen jurídico común de la extranjería regulado por la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) o, por tratarse de ciudadanos nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o de países asimilados, el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que constituye la norma española de transposición de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004.

II.B.1. Ciudadanos no comunitarios

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

²⁰ La Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2002 trató de paliar dicha exclusión, indicando a los fiscales que valoraran muy especialmente la conveniencia de informar de modo desfavorable a la expulsión sustitutiva de la pena.

²¹ Se puede mantener la tesis mantenida por ARIAS SENSO, M. (*Expulsión de extranjeros condenados: Aproximación crítica...*, cit., pág. 9) de equiparar entre los términos de no residente legal y extranjero en situación de irregularidad, de modo que los extranjeros en situación de regularidad sin permiso de residencia no pueden ser objeto de la medida de expulsión. Otro sector de la doctrina (ONTIVEROS VALERA, F., *El extranjero autor de infracciones penales*, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, IV-2002, CEJAJ, Madrid, 2002, pág. 278) opina que pueden serlo todos aquellos ciudadanos extracomunitarios y no asimilados a comunitarios que no hayan obtenido un permiso de residencia, con lo que el artículo 89 CP sería de aplicación a situaciones de regularidad tales como la estancia, los estudiantes y en situación similar.

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

a) Autorizaciones de residente temporales ordinarias

Otorgan al extranjero el permiso para permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años. Comprende dos modalidades: a) de residencia (artículos 25 bis.2 y 31.2 LOEX); y b) de residencia y trabajo (artículos 25 bis 2 d), 31, 36, 37 y 38 LOEX)²².

b) Autorizaciones de residencia temporal excepcionales

No exigen el previo visado y son las que se pueden conceder por concurrir circunstancias relevantes como el arraigo, razones humanitarias, colaboración con la Justicia u otra circunstancia excepcional que se determine reglamentariamente (artículo 31.3 LOEX)²³.

c) Autorizaciones provisionales de residencia

Son las otorgadas sin fijar su duración al estar condicionadas al cumplimiento de otras condiciones. Participan de esta naturaleza: la autorización provisional de residencia a las mujeres víctimas de violencia de género mientras se tramita el procedimiento penal (artículo 31 bis LOEX); las concedidas a las víctimas, perjudicados o testigos de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad (artículo 59 LOEX); las reconocidas a las víctimas de trata de seres humanos en tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales (artículo 59.4 bis LOEX); la autorizaciones de permanencia provisional otorgadas a los que hubieren presentado solicitud de reconocimiento de apatridia (artículo 5 Real Decreto 865/2001, de 20 de julio y artículo 34.1 LOEX); y las que corresponden a aquellos extranjeros que hayan presentado solicitud de asilo (artículo 18.1 letra c) de la Ley 12/2009 y artículo 34 LOEX) o protección subsidiaria (artículo 19.1 de la Ley 12/2009 y artículo 34 LOEX) hasta que se resuelva sobre la misma o no sea admitida.

d) Autorizaciones de residencia de larga duración

Otorgan al extranjero el permiso para permanecer en España por tiempo indefinido en las mismas condiciones que los españoles (artículo 32 LOEX)²⁴.

²² Éstas, a su vez, admiten varias categorías: *autorización de residencia y trabajo de temporada o campaña* (artículos 25.2 letra e) y 42 LOEX); *autorización de residencia y trabajo con fines de investigación* (artículos 25.2 letra g) y artículo 38 bis LOEX); *autorización de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados* (artículo 38 ter LOEX en relación con la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado); y, las *autorizaciones de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios* (artículo 43.2 LOEX).

²³ Las que puedan darse, en su caso, a los extranjeros que acrediten la imposibilidad de ser documentados por las autoridades de ningún país (artículo 34.2 LOEX y 107 REX), las reconocidas a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género (artículos 19.2 y 31 bis LOEX), y las concedidas a las víctimas del delito de trata de seres humanos (artículo 59 bis LOEX).

²⁴ En esta situación se encuentran los extranjeros a quienes se hubiera concedido el derecho de asilo o la protección internacional subsidiaria (artículo 36.1c) de la Ley 12/2009).

En consecuencia, los ciudadanos extranjeros sometidos al régimen común de la Ley Orgánica 4/2000 (LOEX) que pueden ser expulsados al amparo del artículo 89 CP por carecer de permiso de residencia, son: a) cualquier ciudadano extranjero que se hubiera introducido en territorio nacional de manera subrepticia o fraudulenta al margen de los controles establecidos por las autoridades incumpliendo con los requisitos y formalidades previstas en los artículos 25 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000 (ciudadanos extranjeros en situación de irregularidad); b) los que sólo tuvieran reconocido un derecho de tránsito; c) los que fueran titulares de un permiso de estancia (permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días); d) los que teniendo inicialmente autorizada su permanencia en territorio nacional a título de residencia hubieran perdido su derecho por cualquiera de las causas previstas en la Ley, ya sea por no haber obtenido la correspondiente prórroga, haber caducado su derecho o por haber sido debidamente expulsados judicial o administrativamente.

Se puede plantear el problema de la aplicabilidad del precepto a los extranjeros en tránsito, sin vocación de establecer su residencia en España. Debe tenerse presente que conforme al artículo 29.9 LO 4/2000 las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante el pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda. En todo caso, como presupuesto de la decisión de sustituir la pena por la expulsión debe constatarse la falta de residencia legal.

II.B.2. La prueba de la residencia legal

La situación de residencia legal cualquiera que sea su modalidad exige un acto formal de reconocimiento del derecho (autorización o permiso) dictado por la autoridad gubernativa competente tras el correspondiente procedimiento administrativo que da lugar a la expedición de la Tarjeta de Identidad de Extranjero acreditativa, entre otros aspectos, de la situación del extranjero en España (210.2 Reglamento de extranjería)²⁵.

Del mismo modo, en el Registro Central de Extranjeros, que es llevado por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, deberán constar inscritas todas las autorizaciones de residencia concedidas (artículo 213.1.g) Reglamento de extranjería).

En síntesis, constituye prueba de la situación de residencia legal la tenencia de una Tarjeta de Identidad de Extranjero (genuina y en vigor) que el extranjero tiene el deber de llevar consigo, o la certificación del Registro Central de Extranjeros en la que así se haga constar.

Cuando la certificación del Registro Central de Extranjeros incorporada a la causa penal es negativa y el ciudadano extranjero reconoce carecer de la correspondiente documentación o no la presenta cuando le sea requerida por el Juzgado, concurre un principio de prueba lo suficientemente sólido para afirmar que el

²⁵ La Tarjeta de Identidad no puede ser confundida con el Número de Identidad del Extranjero (NIE) que *“deberá figurar en todos los documentos que se le expidan o tramiten, así como en las diligencias que se estampen en su pasaporte o documento análogo”* (artículo 206.2 REX). El NIE no acredita la situación del extranjero en España pues sólo tiene una finalidad identificativa, toda vez que es atribuido a todos los extranjeros a cuyo favor se inicie un procedimiento para obtener un documento que les habilite para permanecer en territorio español que no sea un visado, aquellos a los que se les haya incoado un expediente administrativo en virtud de lo dispuesto en la normativa sobre extranjería y aquellos que por sus intereses económicos, profesionales o sociales se relacionen con España serán dotados, a los efectos de identificación, de un número personal, único y exclusivo, de carácter secuencial (artículo 206.1 REX).

afectado no reside legalmente en España. En estos casos, corresponderá al extranjero la carga de aportar cualquier otro elemento probatorio lo suficientemente potente como para enervar ese principio de prueba.

La certificación negativa de la concesión de cualquier autorización de residencia debería estar incorporada al atestado instruido por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Si así fuere está justificado que el Ministerio Fiscal pueda interesar motivadamente en su escrito de calificación provisional la petición sustitutoria, trasladando al acusado la carga de la prueba sobre su situación de residencia (STS 792/2008).

La falta de autorización de residencia es un requisito que se exige para el instante de dictarse la sentencia o, en su caso, posteriormente si se ha realizado mediante auto durante la ejecutoria (artículo 89.1 párrafo segundo).

La ley no se refiere al momento de la comisión de delito. Si desde la comisión del hecho delictivo hasta su enjuiciamiento se han alterado las condiciones de su residencia en España (legal a ilegal o viceversa), 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. En efecto, el requisito de la ilegalidad de la residencia debe subsistir al momento de la ejecución y si no debe quedar sin efecto, por mucho que lo establezca la sentencia, ya que se trata de una medida y no de una pena (STS 792/2008).

II.C) Aspectos procedimentales y procesales

Interesa destacar varios aspectos como son: la audiencia al penado, la legitimación para instar la medida por parte del Ministerio Fiscal y el momento en que se debe acordar la medida de expulsión. Vamos a examinarlos.

1.º *Audiencia al penado*. La reforma del artículo 89 introducida por LO 11/2003, eliminó dicho trámite²⁶. En todo caso, dado que la decisión debía adoptarse en sentencia, la petición de expulsión debía someterse a las garantías propias de cualquier decisión que se adopta en sentencia, entre ellas, al principio de contradicción²⁷. Esta falta de audiencia debía ser suplida en la práctica requiriendo al imputado en el acto del juicio para que alegue las razones que le asisten en contra de su expulsión. Entender lo contrario vulneraría lo dispuesto en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 24 de la CE²⁸. En relación a la ausencia del requisito de audiencia al extranjero, la STS, Sala 2ª, 901/ 2004, de 8 de julio 2004, señaló:

²⁶ El artículo 89.1, *in fine* CP de 1995, en su redacción original disponía: "...será necesario oír previamente al penado".

²⁷ En este sentido el informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de la ley orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social (LO 11/2003, de 29 de septiembre), al comentar la nueva redacción del artículo 89 CP señala que "*la sustitución de la pena privativa de libertad debe hacerse en sentencia, novedad importante, pues obliga al juez sentenciador a ponderar en la causa todas las circunstancias que concurren, garantizando el debate contradictorio en el propio juicio, con audiencia al extranjero*". *Estudios, informes y dictámenes. Informes del CGPJ sobre las Reformas Penales*, CGPJ, Centro de Documentación Oficial, 2003, págs. 151 y 152.

²⁸ La necesidad de salvaguardar la audiencia del reo ha sido resaltada por la STS, Sala Segunda, 17/2002, de 21 de enero (rec.17/2001); también la STC 203/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997, 203) y la STC 242/1994, de 29 de julio (RTC 1994, 242), reconocen el derecho del extranjero a un trámite de alegaciones, diciendo: "[...] para lograr esta adecuada ponderación y la salvaguarda de valores

“[...] para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, [...] 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 el colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante [...]”²⁹.

A la vista de esta jurisprudencia, había que considerar fundamental para una adecuada ponderación, y la salvaguarda de valores relevantes que puedan estar en juego, la audiencia del extranjero potencialmente sometido a la expulsión, pues sólo con ella es posible exponer, discutir y analizar el conjunto de circunstancias en que la expulsión ha de producirse³⁰.

El carácter preferente de la expulsión sustitutiva en la nueva redacción del artículo 89 CP, por LO 5/2010, se confirma cuando el legislador ordena su imposición 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.

Por ello tiene plena vigencia la doctrina del Tribunal Supremo de que para poder tomar la decisión sustitutoria debe garantizarse la existencia de un debate contradictorio, ya sobre la expulsión, ya sobre el cumplimiento de la condena. Es necesario que por el Juez o Tribunal se habilite un espacio de contradicción (STS 25/2011) en donde se dé la oportunidad de alegar y probar al condenado y su defensa sobre las razones que les asistan. Naturalmente, el requisito de audiencia se cumple independientemente de que la defensa haya hecho uso de él, pues no puede quedar condicionado a estrategias procesales o al arbitrio de la parte.

2.º *Legitimación para instar la medida e intervención del Ministerio Fiscal.* El tenor literal del nuevo artículo 89 parece apuntar a que la expulsión íntegra la acuerda el Juez de oficio, sin necesidad de que nadie la pida. Algún autor ha criticado esta redacción porque parece poco respetuosa con las exigencias del principio acusatorio³¹. En el caso de penas inferiores a seis años sólo será oído el Fiscal para denegar la expulsión, y en el supuesto de penas superiores a seis años, la expulsión debe ser solicitada por el Ministerio Fiscal.

relevantes que pueden estar en juego [...], la audiencia del extranjero sometido a la medida de expulsión resulta fundamental [...] se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita [...]”.

²⁹ El Tribunal Supremo establece con esta Sentencia que debe considerarse el arraigo personal y familiar como excepción a la expulsión por exigirlo así la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de donde se deduce, además, la necesidad de “*injertar un trámite de audiencia al penado y [...] motivar la decisión*”. Por esas razones el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de noviembre de 2003, al verificar que “*la expulsión se ha acordado de forma automática, inmotivada, inaudita parte y sin efectuar el imprescindible juicio de proporcionalidad y ponderación, ciertamente de conformidad con la literalidad del artículo 89 CP, que es preciso integrar desde la perspectiva constitucional más amplia como ya se ha razonado*”.

³⁰ Así opina PAZ RUBIO, J.M., *Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional*, cit., pág. 4. En el mismo sentido se pronunciaba el CGPJ en su informe al anteproyecto de Ley de reforma de la LO 4/2000, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración de los extranjeros, *Estudios, informes y dictámenes del CGPJ*, año 2003, pág. 202.

³¹ DE LA ROSA CORTINA, J.M., *La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente...*, cit., pág. 11.

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 CP. En garantía de los derechos de los propios acusados, acreditada su falta de residencia legal, y salvo concurrencia de las circunstancias excepcionales ya señaladas, la expulsión del territorio español en sustitución íntegra de la pena habrá de ser solicitada por el Ministerio Fiscal 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.

Igualmente el escrito de acusación provisional deberá concretar la duración de la prohibición de regreso a España que conforme a la redacción vigente del art. 89.1 del CP puede oscilar entre cinco y diez años.

3.º *Momento en que debe acordarse la decisión de expulsión.* El artículo 89.1, redactado conforme a la LO 11/2003, estableció no sólo el carácter imperativo de la expulsión (“*serán sustituidas*”) sino sobre todo el carácter automático de la misma, pues debería ser impuesta sin necesidad de la audiencia del condenado y sin posibilidad de ponderar la concurrencia de otras razones que no fueran la gravedad del delito.

En efecto, tal automatismo tuvo que ser corregido por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a través de una lectura constitucional del artículo 89 CP en la que (al margen de la naturaleza o gravedad del delito) exige la valoración de cualquier circunstancia personal del condenado que fuera relevante para la toma de decisión, por ser una necesidad derivada no sólo de la doctrina constitucional española (vide, STC 20/7/1994, Núm. 242/94) sino también de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en interpretación del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (vide, SSTS 901/2004, 601/2006, 832/2006, 35/2007, 682/2007, 125/2008).

Más recientemente, la STS 949/2009, de 28 de septiembre, establece:

“[...] De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos fundamentales en conflicto. Por último, considera este Tribunal en esas dos resoluciones (STS 901/2004, de 8 de julio, y 906/2005, de 17 de mayo), que no debe otorgársele primacía a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de políticas criminales de mera seguridad frente a derechos fundamentales prioritarios del propio penado, que será oído en todo caso antes de adoptar la resolución relativa a la expulsión”³².

No cabe duda que la aplicación de los dos primeros párrafos del art. 89 del C. Penal a partir de la reforma por Ley Orgánica 11/2003 ha obligado a seguir diferentes criterios interpretativos dependiendo de la cuantía de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia. Y así, en lo que respecta a la ejecución de las penas de prisión inferiores a dos años, al hallarnos en un tramo donde el texto penal prioriza la reinserción del penado a través de la suspensión de condena y de los sustitutivos

³² Esta doctrina, con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, ha sido después reafirmada en su aspecto nuclear por la Sala II en las sentencias que ha proseguido dictando en años posteriores (SSTS 1231/2006, de 23-11; 35/2007, de 25-1; 108/2007, de 13-2; 140/2007, de 26-2I; 166/2007, de 14-2I; 682/2007, de 18-V-2; 125/2008, de 20-2; 165/2009, de 19-2; y 498/2009, de 30-4, entre otras).

penales, ha sido preciso individualizar el entorno personal y social del extranjero para ajustar la aplicación del art. 89 a las exigencias del principio de proporcionalidad, evitando también no vulnerar derechos fundamentales del penado tutelados por la Constitución y los convenios internacionales suscritos por España.

En cambio, en lo que respecta a las penas privativas de libertad comprendidas en el tramo que va desde los dos hasta los seis años de prisión el automatismo que se desprende de la redacción literal del precepto genera auténticas situaciones de impunidad, al reaccionar el sistema penal con la mera expulsión del territorio nacional de autores de delitos de notable gravedad, diluyéndose en gran medida la función coercitiva y disuasoria de la norma penal frente a acciones delictivas de grave entidad. Y es que en el caso de que se acordara la expulsión del penado de forma automática en tales supuestos de penas de cierta gravedad, no sólo se debilitaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (*perspectiva de la prevención general negativa*).

En definitiva, como apunta la citada Sentencia 949/2009, “tras la reforma de 2003, en aplicación del art. 89 CP, deben compatibilizarse los objetivos de la política de inmigración con las exigencias preventivo generales (confirmación de las normas que imponen el respeto a los bienes jurídicos tutelados y la desincentivación de conductas delictivas) y con el favorecimiento de la prevención especial (evitar la reiteración en el delito y procurar la reinserción social)”.

El juez o tribunal deberá motivar la decisión sobre la aplicación del artículo 89 CP cualquiera que sea su sentido, ya se acceda o se deniegue esta medida.

Deben valorarse tanto las circunstancias del hecho como del culpable que (como elementos individualizadores de la pena en cuanto que ésta es la respuesta estatal a la comisión del delito que debe resultar proporcionada a la culpabilidad por el hecho concreto) también deben ser ponderados si la pena es sustituida por una medida de seguridad (artículo 96 del Código Penal), que, como resulta del mismo Código Penal, no puede ser impuesta sino es previa la comisión de un delito.

Por ello habrá que tener en cuenta:

Con carácter general la decisión sustitutoria debe tomar en consideración los intereses públicos relativos a la política criminal expresada por la ley (STS 366/2006), esto es la naturaleza del hecho delictivo, su gravedad y, por tanto, indudables razones de prevención general y especial (STS 842/2010).

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

Por imperativo legal 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 (artículo 89.7

CP). El legislador no admite excepción alguna a la regla, por lo que no procederá la expulsión cuando el ciudadano extranjero haya sido condenado por cualquier otro delito conectado con los señalados, aunque se hubiera apreciado una relación de concurso de delitos (como en el caso de condena por delito del artículo 318 bis CP y el delito de 177 bis CP).

También hay que tener en cuenta los intereses particulares del afectado, en concreto hay que valorar el arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen.

Así, se hace preciso distinguir los siguientes supuestos:

Primero. *El arraigo de permanencia*. La experiencia acredita que quien ha vivido largos años de su existencia en un país de acogida es porque ha alcanzado un elevado nivel de integración social, laboral y familiar en él. Especialmente su valoración es determinante cuando se trata de inmigrantes de segunda generación o cuasi nacionales, esto es, los que han nacido en el país de acogida.

En todo caso, el desarrollo de una actividad laboral para que pueda compensar la falta de residencia en España y excluir la expulsión sustitutiva debe gozar de las condiciones acreditadas de estabilidad y viabilidad para futuro, sin que sea de recibo la permanencia en España por un período más o menos largo de tiempo en el que el modo de vida haya sido precisamente la actividad delictiva.

Segundo. *El arraigo familiar* o la convivencia familiar, por existir ésta y ser de cierta entidad por el número de miembros familiares, estabilidad alcanzada y dependencia económica del posible expulsado, unificación familiar que encajan en los amplios términos del art. 30 CE, convivencia y estabilidad familiar en un enlace matrimonial acabado de celebrar con una dependencia económica con el posible expulsado, vida familiar en común que quedaría cercenada con la expulsión³³.

Por ello, aunque las dificultades de los cónyuges e hijos para acompañar al expulsado por sí mismas no son motivo suficiente para excluir la expulsión, deben ser necesariamente incorporadas al juicio de proporcionalidad, sobre todo cuando la separación es inevitable al no haber ni siquiera la posibilidad de instalarse en un tercer país³⁴.

Para valorar el grado de dependencia es necesario tener en cuenta la edad de los hijos y las condiciones adicionales de dependencia. Cuanto de menor edad sean los hijos, más necesitados estarán de asistencia familiar.

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*.

³³ Sentencias Tribunal Supremo 1116/2007, 792/2008, 791/2010 y 379/2010.

³⁴ Por ese motivo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la expulsión podría ser desproporcionada cuando provoca la separación de “*la mujer e hijo menor de edad, de nacionalidad francesa, que tampoco había vivido nunca en Argelia y que no tiene lazo alguno con ese país*” (SSTEDH 26/9/1997 (Mehemi contra Francia), 15/7/2003 (Mokrani contra Francia) o con una ciudadana helvética, STEDH 2/9/2001 (Boultif contra Suiza), o “*cuando tenía una esposa de nacionalidad danesa y varios hijos pequeños, resultando difícil para ella trasladarse a Irán y que era imposible para los dos establecerse en otro país*” (STEDH 11/7/2002 (Amrollahi contra Dinamarca).

Finalmente hay que tener en cuenta *los antecedentes y el riesgo de reiteración delictiva* del afectado.

Hay que valorar el riesgo actual de que el extranjero sometido a expulsión pueda quebrantar el orden o seguridad pública. Para ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora el comportamiento observado desde la comisión del delito hasta su expulsión, el tiempo transcurrido desde el último delito cometido y la decisión de la expulsión, o desde su excarcelación si cumplió pena privativa de libertad³⁵. Por ello, la existencia de un antecedente por delito de la misma naturaleza es una de las circunstancias a valorar (STS 439/2010).

También la sustitución íntegra de la condena puede realizarse por *auto posterior*, en la ejecución de sentencia. El párrafo segundo del art. 89.1 CP prescribe que "*también podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior [a la sentencia], previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas*".

La decisión motivada de la sustitución íntegra de la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión debe ser resuelta, como *norma general*, en Sentencia. Por ello en el párrafo primero dispone que las penas "serán *sustituidas en sentencia*" al tiempo que en el párrafo segundo, alude a la sustitución en auto como una mera posibilidad mediante el empleo del tiempo verbal "*podrá*".

En consecuencia, el juzgador deberá pronunciarse motivadamente sobre la expulsión o cumplimiento de la condena cuando así haya sido interesado por cualquiera de las partes y tenga los elementos de juicio necesarios para ello. Sin embargo, no incurre en incongruencia omisiva en los supuestos en los que el sentido de su resolución es diferir la decisión a un momento posterior por la necesidad de acreditar aspectos relevantes concernientes a la situación administrativa del penado en España. Lo mismo sucede cuando no hay posibilidad de practicar prueba en el plenario sobre los datos, hechos o circunstancias que pudieran condicionar la expulsión, cuando fueran alegados pertinentemente por el acusado o, en su caso, por cualquiera de las partes.

Los presupuestos subjetivos y objetivos de este precepto son los mismos que se han analizado para el caso de que la decisión de sustitución de la pena en su totalidad haya sido adoptada en sentencia.

Debe entenderse que la competencia para la tramitación recae sobre el juez o tribunal que haya dictado la sentencia o, en aquellos territorios donde existan, en los Juzgados penales de Ejecutorias.

II.D) Efectos de la expulsión

Este régimen de enervación se completa con dos medidas adicionales: De una parte, el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena³⁶; hay que tener en cuenta que la prohibición de regreso a España queda ampliada

³⁵ STEDH de 11/7/2002 (Amrollahi contra Dinamarca), y STEDH de 18/2/1991 (Moustaquin contra Bélgica).

³⁶ Antes de la reforma de 2003 el plazo de expulsión comprendía un arco de tres a diez años, y después de 2003 era de diez años en todo caso. La uniformidad de la duración de la medida de seguridad plantea problemas de proporcionalidad, porque la duración de la prohibición de entrada es idéntica para condenas privativas de libertad por delitos distintos y de distinta entidad penológica. Sería conveniente relacionar dicho plazo con los de prescripción de la pena del artículo 133 CP, pues podría darse el caso de que

a todo el territorio europeo donde se aplica el Convenio Schengen y que la Directiva 2001/40/CE, de 18 de mayo de 2001, establece el reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países. Parece que el Tribunal no podría imponer un plazo de prohibición de entrada superior al interesado por la acusación.

De otra parte, conforme al art. 89.4 CP se modifican las consecuencias del quebrantamiento de la prohibición de regreso a España que antes sólo implicaban la devolución al país de origen (y reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada). Ahora son diferentes según que el extranjero que desobedece la prohibición sea habido en frontera o ya dentro del territorio español.

En el primer caso las consecuencias serán las mismas que antes de la reforma, es decir, se procederá a su devolución gubernativa. En el segundo caso, los efectos jurídicos consistirán en el cumplimiento de la pena privativa de libertad que hubiera sido sustituida. Se trata de una norma especial que fija el contenido del quebrantamiento de esta medida de seguridad, impidiendo la aplicación del artículo 468.2 CP. Si no fuera así se llegaría al absurdo de hacer depender la existencia del delito de quebrantamiento de condena de una circunstancia aleatoria como es la de ser interceptado o no en frontera.

II.E) Ejecución de la medida de expulsión

Cabe alternativamente acordar dos soluciones: Aplicar la disposición adicional 17ª de la LO 19/2003 de modificación de la LOPJ, o alternativamente el ingreso en Centro de Internamiento de Extranjeros previsto en el art. 89.6 CP.

Debe reseñarse que la disposición adicional decimoséptima de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece normas procesales inéditas hasta ahora, al disponer:

“Los órganos judiciales comunicarán a la autoridad gubernativa [...] las sentencias en las que se 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”³⁷.

Esta disposición es el complemento natural de lo dispuesto en el art. 89 y que debía haberse incluido en el mismo sin mayores problemas dado el carácter orgánico de ambas leyes.

Este precepto contiene el mandato dirigido al juzgado que ejecuta una sentencia firme en la que se acordó la expulsión de un extranjero no residente legalmente en España, de proceder a ejecutar la pena privativa de libertad de forma interina (por treinta días) hasta tanto se materialice la expulsión por la autoridad gubernativa. Si el condenado se encuentra en libertad al momento en que la sentencia condenatoria

delitos muy graves con penas muy elevadas quedaran sin sanción efectiva al reducirse el tiempo de expulsión a un plazo muy inferior al de duración de la pena o plazo de prescripción de la misma, mientras que, por el contrario, delitos sancionados con penas menos graves podrían suponer una prohibición de regresar a España muy superior a la pena impuesta o a la prescripción de la misma.

³⁷ En el mismo sentido se dispone en el artículo 152 del Reglamento de extranjería de 2004.

deviene firme, lo razonable es dejar que permanezca en dicha situación hasta tanto la autoridad gubernativa lo localice, concediendo un breve plazo al penado para que abandone voluntariamente el país. En el caso de que el condenado se encuentre preso al alcanzar la sentencia su firmeza, lo habitual será que permanezcan en prisión hasta que se ejecute la expulsión³⁸.

Por otra parte, el párrafo segundo del núm. 6 del artículo 89 CP, tras la reforma de 2010, introduce una importante novedad al permitir que *“cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta”*, pueda el juez o tribunal *“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”*.

El ingreso de un condenado a penas de prisión parece incompatible con el ingreso cautelar en un Centro de Internamiento para Extranjeros dado que al ser establecimientos públicos de carácter no penitenciario (artículo 62 bis LOEX) no sólo carecen de medidas de seguridad adecuadas y personal cualificado, sino que también puede alterarse su régimen normalizado de funcionamiento por la necesidad de separar los internos que han cometido una mera infracción administrativa de aquellos condenados en sentencia penal.

El ingreso en Centro de Internamiento debería quedar limitado para los extranjeros que hubieran sido condenados a penas privativas de libertad de localización permanente, responsabilidad subsidiaria por impago de multa o penas de prisión inferior a tres meses (artículo 71.2 CP) pues ninguna de ellas exigen el ingreso en Centro Penitenciario.

El tiempo de estancia en Centro de Internamiento está sujeto al límite de sesenta días naturales establecido en el artículo 62.2 LOEX.

En los demás casos el Ministerio Fiscal instará la aplicación de la Disposición Adicional 17.^a y el ingreso en Centro Penitenciario. En estos casos, el tiempo de ingreso en el establecimiento penitenciario será el más breve posible y no superior a treinta días, salvo prórroga si media causa justificada. Dicha causa (normalmente asociada con las dificultades de documentación del extranjero) ha de constar expresamente.

Debe considerarse como día de inicio del cómputo de los treinta días el de ingreso del penado en el centro penitenciario o el día de recepción del mandamiento de prisión, en caso de que ya estuviera preso.

Si la expulsión no es ejecutable, lo procedente será retroceder al momento del inicio de la ejecución de la pena y determinar si procede la ejecución de la pena privativa de libertad o la aplicación de alguna de las formas sustitutivas de la misma. Ciertamente es que el artículo 89,1,III CP, en su redacción anterior a la reforma por LO 5/2010, preveía que *“la expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 CP”*, por lo tanto, la expulsión se llevaría a cabo

³⁸ En ningún caso será admisible proceder a materializar la ejecución de la expulsión si el cumplimiento de la pena se encuentra en estado muy avanzado (STS, Sala II, 114/2000, de 4 de septiembre y STS 17/2002, de 21 de enero, recogidas por ARIAS SENSO, M., *Expulsión de extranjeros condenados...*, cit, pág.10).

sin que quepa la suspensión o la sustitución de la pena³⁹, pero en caso de que la expulsión no se pudiera llevar a cabo o la autoridad gubernativa excediera el plazo de treinta días previsto en la disposición adicional 17ª LOPJ, sí que cabría suspender o sustituir la pena si concurren los requisitos correspondientes⁴⁰.

Ya la circular 2/2006, con fundamento en el ATC 132/2006, de 4 de abril, introdujo matices en la interpretación de este mandato legal considerando que la prohibición aludida sólo surtía efectos en el caso de que la expulsión se hubiera materializado con éxito y que, frustrada ésta, los preceptos mencionados recobrarían su aplicabilidad.

El vigente art. 89 CP ha suprimido la prohibición expresa de aplicación a los penados extranjeros sin permiso de residencia de aquellos beneficios legales.

Con ello se abre la posibilidad a una doble interpretación: entender que, una vez acordado por el órgano judicial que no procede la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, no cabe otra posibilidad que el cumplimiento de aquella en un centro penitenciario en España y por lo tanto no resultan de aplicación a estos supuestos los artículos 80, 87 y 88 del CP (interpretación literal); o, siguiendo la lectura constitucional del precepto, admitir que el cumplimiento de la condena en centro penitenciario quedará circunscrito a los casos en que así proceda dada la gravedad y naturaleza del delito, pero no cuando ello implique una lesión de los derechos a la vida privada y familiar de condenado, al principio de individualización judicial de la pena y de no discriminación en la aplicación de la ley penal.

III. Sustitutivo del último cuarto de la pena o del tercer grado

El artículo 89. 5 CP modifica radicalmente el régimen de la expulsión parcial de las penas privativas de libertad al establecer que

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

La nueva regulación admite la expulsión como medida sustitutiva del último tramo de la condena de prisión impuesta (que se encontrare en tercer grado

³⁹ Hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta el arraigo familiar del extranjero a los efectos de suspender la orden de expulsión en innumerables sentencias, como las de 18 de septiembre de 1995, 4 de octubre de 1996, 13 de diciembre de 1998, 9 de febrero de 1999, 15 de noviembre de 1999, 18 de julio de 2000, 25 de noviembre de 2000, etc. (Recogidas en *Estudios, informes y dictámenes del CGPJ*, año 2003, pág. 202).

⁴⁰ Como apunta LÓPEZ LORENZO, V. (*La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003...*, cit., pág. 13), concluir lo contrario supondría realizar una interpretación de la norma en contra del reo que vulneraría lo dispuesto en los artículos 17 y 25.2 CE, los artículos 2, 3, 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los artículos 5 y 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Individuales y las Libertades Fundamentales. No existe justificación alguna que excluya a los extranjeros no residentes en España, una vez no han podido ser expulsados, de la aplicación de las alternativas a la prisión que habitualmente se ofrecen al resto de penados.

penitenciario o cumplidas las tres cuartas partes de la condena) aunque sea inferior a seis años.

Con ello, el legislador ha admitido la medida de expulsión del último tramo de la condena no sólo para el supuesto de la imposición de condenas de prisión que excedieren del límite de los seis años, sino también para los casos en que aun siendo menor resultare inaplicable la sustitución completa de la pena privativa de libertad por impedirlo la naturaleza y gravedad del delito o delitos cometidos por el extranjero, según los criterios anteriormente señalados⁴¹.

Tras la nueva redacción esa posibilidad queda vedada, pues el apartado 5 del artículo 89 CP comprende todos los casos posibles. Bajo la cobertura de la locución que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, se comprende tanto los supuestos de cumplimiento por haberse adoptado esa decisión aunque la pena sea inferior a seis años (artículo 89.1 CP), como cuando fuera imposible dicha opción por haber sido condenado a una pena igual o superior a seis años.

La ampliación del marco objetivo de aplicación con referencia al tercer grado penitenciario deja en manos de la Administración la determinación del momento exacto de la expulsión desnaturalizando el sistema de progresión penitenciaria e instrumentalizando el tercer grado en aras de facilitar no ya la reinserción ni la resocialización sino la expulsión del penado⁴².

Y como presupuesto subjetivo se exige que el extranjero condenado no resida legalmente en España, idéntico al de la expulsión sustitutiva íntegra de la prisión.

II.A) Procedimiento

La iniciativa corresponde al Ministerio Fiscal exclusivamente, lo que algunos autores han denominado una "posición de veto"⁴³.

En efecto, tras la reforma de 2010, la expulsión de los presos extranjeros no residentes legales en España que hayan accedido al tercer grado penitenciario o hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena, cualquiera que sea el momento en que se adopte (en sentencia o en ejecución), sólo puede acordarse por el Juez o Tribunal a instancia del Ministerio Fiscal, previa audiencia del penado y de las partes personadas. Sin embargo, la expulsión previamente acordada puede ser revocada por el mismo Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, cuando motivadamente aprecie razones que justifiquen el cumplimiento en España.

Por imperativo legal, sólo el Ministerio Fiscal, no las eventuales partes acusadoras, puede instar la expulsión sustitutiva parcial.

La audiencia se celebrará conforme al primer inciso del artículo 89.1 CP. También deberá ser oído el extranjero y no sólo su Letrado. Puede ser objeto de crítica

⁴¹ Como apunta la Circular FGE 5/2011, el legislador ha dado una respuesta congruente a uno de los problemas más candentes como el relativo a la denominada "*acumulación de condenas*" (prisión y expulsión), conforme al cual algunas Audiencias Provinciales en el caso de haber optado por el cumplimiento en centro penitenciario (en aplicación del apartado primero del artículo 89 CP), sin embargo, en la propia sentencia decidían que procedía la expulsión cuando el reo hubiera cumplido la mitad de la condena (vide, STS 853/2010).

⁴² En ese sentido ARIAS SENSO, M., *La respuesta penal: Expulsión de extranjeros imputados y condenados: Aproximación crítica a una legislatura de emergencia*, CEJAJ, 2007, pág. 9.

⁴³ ARIAS SENSO, M., *Expulsión de extranjeros condenados...*, cit., pág. 13.

en la nueva regulación la falta de previsión de las circunstancias personales del penado como posible causa de excepción a su expulsión⁴⁴.

También la podrán solicitar durante la ejecución, cuando así lo interese el propio condenado con informe penitenciario sobre su cercana clasificación en tercer grado, o resulte que está próximo a cumplir las tres cuartas partes de la condena y no hubiera circunstancias penitenciarias que lo impidieran, o porque hubieran llegado a conocimiento del Fiscal hechos o circunstancias relevantes que no pudieron ser tomadas en consideración en el momento de elevarse a definitivas las conclusiones provisionales.

Sin embargo, la decisión de no expulsar a los presos extranjeros que hayan accedido al tercer grado penitenciario o hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena, puede ser decidida de oficio por el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

Por último, como consideración crítica⁴⁵, se ponen de manifiesto las dificultades de compatibilizar esta figura con la institución de la libertad condicional, con el cumplimiento del último cuarto de la pena en el país de origen y con las previsiones contenidas en el Tratado sobre traslado de personas condenadas hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983 y ratificado por España el 10 de junio de 1985.

IV. La expulsión como sustitutivo de la medida de seguridad

También se sustituyen obligatoriamente por vía del artículo 108 del Código Penal las medidas de seguridad por expulsión, redactado conforme a la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que establece:

“1. Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el Juez o Tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.

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

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

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

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

⁴⁴ La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es de capital importancia para valorar las circunstancias personales que puedan oponerse a una decisión de expulsión: SSTEDH de 18 de enero de 1991 (Caso Moustaqin); de 26 de marzo de 1992 (Caso Beljoudi); de 21 de junio de 1988 (Caso Berrehab); de 30 de octubre de 1991 (Caso Soering); de 15 de noviembre de 1996 (Caso Cruz Varas); de 2 de mayo de 1997 (Caso Chahal); sentencias invocadas en el Informe del CGPJ, de 26 de febrero de 2003, pág. 46 y ss., al anteproyecto de ley de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, en orden a la crítica de la redacción que el Anteproyecto de ley daba al artículo 89.1 CP.

⁴⁵ ARIAS SENSO, M., *La respuesta penal: Expulsión del extranjero imputado...*, ob. cit., pag. 10.

Su contenido es paralelo al del art. 89 CP respecto a las penas privativas de libertad impuestas a los extranjeros sin residencia legal en España.

Frente a la regulación anterior al año 2003 se permite la sustitución por la expulsión tanto de las medidas privativas de libertad como de las que no lo son. Su finalidad práctica atiende a fines ajenos al Derecho Penal, no se trata de una intervención terapéutica ni incide en la peligrosidad criminal del penal. Esta solución es criticada por la doctrina⁴⁶, porque ante esta institución el Tribunal pierde toda vinculación con el expulsado, quien resulta así abandonado a su suerte y posiblemente sin tratamiento alguno en ninguna parte. Sustituir una medida de seguridad por la expulsión supondrá en muchas ocasiones expulsar a un enfermo mental, lo que podría considerar que se entiende vulnerado el Estado social y democrático de Derecho que propugna la Constitución Española⁴⁷.

Rigen las mismas previsiones de acordarse en la sentencia, y la necesidad de dar audiencia al penado, que en estos casos debería extenderse a su Letrado y a su representante legal.

Hay que tener en cuenta que no puede aplicarse a las faltas al no poder imponerse en este tipo de procedimientos medidas de seguridad (art. 95.1.1 CP).

⁴⁶ ARIAS SENSO, M., *Expulsión de extranjeros condenados...*, cit, pág. 14.

⁴⁷ En ese sentido opina PALOMO DEL ARCO, A., “La expulsión del extranjero en el procedimiento penal”, en *El extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva LO 4/2000)* Manuales de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 201.