



Edita Fundación Paulino  
Torras Domènech 1970

# ITINERA DIGITAL

Gaceta sobre Derechos Humanos y Migraciones

DICIEMBRE 2011

## LA EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS NO RESIDENTES LEGALMENTE EN ESPAÑA COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

El 5 de noviembre de 2011 la Fiscalía General del Estado publicó la Circular 5/2011 sobre Criterios para la unidad de acción especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración ([www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)). Es un documento extenso (138 páginas) que trata 5 temas: 1) el delito de trata de seres humanos, 2) los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, 3) delito de prostitución coactiva, 4) delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros, y 5) expulsión de ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España como medida sustitutiva de penas privativas de libertad (art. 89 CP).

En cada uno de estos temas, la Fiscalía realiza un examen muy riguroso de la normativa aplicable y de los problemas que suscita la aplicación de la misma. Tratándose de un documento de trabajo de la Fiscalía General del Estado, el texto establece los criterios a seguir por los Fiscales en la interpretación de la referida normativa.

De entre los 5 temas indicados, Itinera digital selecciona para poner a disposición de sus lectores el relativo a la expulsión de ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España como medida sustitutiva de penas privativas de libertad (art. 89 CP). El criterio que nos ha llevado a realizar esta selección es la actualidad del tema señalado en la práctica forense.

Itinera digital reproduce el apartado VI de la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado. Se excluye la introducción y las conclusiones, así como el apartado 2 de la circular –relativo al ámbito subjetivo de aplicación del art. 89 CP– por cuanto no ha sido modificado por la Ley Orgánica 5/2010.

### FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. CIRCULAR 5/2011 SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACCIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL. APARTADO VI. EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS NO RESIDENTES LEGALMENTE EN ESPAÑA COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD (ARTÍCULO 89 CP)

CIRCULAR 5/2011  
CIRCULAR EXPULSIÓN DE  
CIUDADANOS EXTRANJE-  
ROS NO RESIDENTES  
LEGALMENTE EN ESPAÑA  
COMO MEDIDA SUSTITU-  
TIVA DE PENAS PRIVATI-  
VAS DE LIBERTAD

1-12

#### VI.3. SUSTITUCIÓN ÍNTEGRA DE LA CONDENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL.

Tras la reforma de 2010, el artículo 89 CP distingue dos tipos de sustituciones de las penas privativas de libertad. La sustitución íntegra de la condena (artículo 89.1 CP) y la parcial del último tramo del cumplimiento de las condenas de prisión (artículo 89.5 CP).

##### VI.3.1. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN ÍNTEGRA: PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD INFERIORES A SEIS AÑOS.

###### VI.3.1.1. Penas privativas de libertad.

Son sustituibles todas las penas privativas de libertad inferiores a seis años, esto es,

de conformidad con el artículo 35 CP, no solo las penas de prisión que no superaran aquella duración, sino también las de localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

Interpretando este requisito, la Circular 2/2006 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 –según señalaba– 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 -entre otros argumentos de menor entidad- 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 proporcionalidad.

En efecto, la previsión legal de aceptar la posibilidad de aplicar la expulsión sustitutiva de cualquier pena privativa de libertad impuesta tanto por delito como por falta, en sí misma ni es desproporcionada ni es discriminatoria; lo será, en su caso, la decisión que las adopte por no valorar conforme a dichos principios las circunstancias concurrentes, entre ellas la propia gravedad del hecho cometido.

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-, o constituya un instrumento defraudatorio del régimen jurídico de la estancia y residencia de los extranjeros en España previsto y regulado en la Ley Orgánica 4/2000, o signifique un obstáculo para la ejecución de la expulsión acordada en otro procedimiento penal por delito.

Conviene llamar la atención que el artículo 89 CP, además de regular una de las formas sustitutivas de las condenas privativas de libertad impuestas a los extranjeros no residentes legalmente en España, es una norma que también -aunque indirecta y limitadamente- está dirigida a solucionar los posibles conflictos que puedan plantearse por la concurrencia del orden sancionador administrativo y el penal conforme al principio de subordinación de la potestad sancionadora administrativa a la Autoridad judicial. Si el artículo 57.7 LOEX -norma directa y especialmente dirigida a solucionar parcialmente alguno de esos conflictos- admite que el juez de instrucción pueda autorizar la sustitución del juicio de faltas por la expulsión, por pura coherencia no debería impedir que, celebrado el juicio, pueda decidir la sustitución de cualquier pena privativa de libertad impuesta en ese juicio, tras valorar todas las circunstancias concurrentes, significativamente la existencia de una orden de expulsión dictada por la autoridad competente en expediente sancionador administrativo.

La decisión judicial a favor de la sustitución cuando, en los casos señalados, pondere la circunstancia de haber sido condenado en otra u otras

causas penales en los que se ya se haya acordado la expulsión sustitutiva, también está amparada por la dicción literal del artículo 89 CP.

No constituye un obstáculo a esta interpretación 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.

En definitiva, no se trata de afirmar que es posible la expulsión sustitutiva por la mera comisión de una falta -solución patentemente injusta por desproporcionada- sino que la condena por falta no puede obstaculizar ni la debida aplicación del derecho sancionador administrativo, ni las decisiones adoptadas en el ámbito de la propia jurisdicción penal. Aun cuando haya de ponerse especial cuidado en ello para evitar aplicaciones desproporcionadas de la norma, se trata de impedir que la perpetración de una nueva infracción, o de infracciones sucesivas, redunde en beneficio del autor, frustrando la debida ejecución de dichas resoluciones de expulsión.

Igualmente, deberá solicitarse la expulsión del territorio español en sustitución de la pena leve de localización permanente en los casos de faltas reiteradas que acrediten un comportamiento contrario al orden público. Muy especialmente debe promoverse esta posibilidad en el supuesto de la falta reiterada de hurto contemplada en el artículo 623.1 del CP en que esta pena es única y no alternativa y cuyo cumplimiento puede ser realizado en centro penitenciario (artículo 37.1 párrafo segundo CP).

El tenor del artículo 89.6 CP, al establecer que cuando 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, está previendo estos supuestos.

### VI.3.1.2. Límite de los seis años.

Son varias las cuestiones relativas a la delimitación de este límite.

#### a) La pena a tomar en consideración es la pena efectivamente impuesta.

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, semieximentes, 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.

**b) Pluralidad de penas privativas de libertad, cada una de ellas inferiores a seis años, pero que sumadas exceden ese límite.**

Como afirma la STS 26/5/2010 (Nº 521/2010), el art. 89 CP, es impreciso en algunos aspectos, dejando en la penumbra ciertos interrogantes, tales como si el límite de los 6 años de prisión ha de referirse a la pena asignada a cada uno de los delitos o hace referencia a la suma de todas por las que se condena en una sentencia, o el cómputo de la condena impuesta se refiere a la establecida en una sentencia o en varias si los delitos pudieran haberse juzgado conjuntamente.

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) (vide, SSTS 901/2004, 1231/2006, 792/2008).

Del mismo modo 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.

De todas formas, la posibilidad introducida en el artículo 89.5 CP que permite la expulsión durante la ejecución de la condena de quien hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo la condena, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, mitiga la gravedad del problema al trasladar al ámbito de la proporcionalidad y motivación de la decisión sustitutoria los casos que habitualmente se presentan en la práctica de pluralidad de condenas en una misma sentencia respecto de un mismo individuo. Parece justificado que -según el número y gravedad de las penas impuestas- proceda el cumplimiento parcial de la pena de prisión impuesta y la sustitución del último tramo de la condena por la expulsión.

**c) Concurrencia de resoluciones, aplicando unas la expulsión judicial y otras exigiendo su cumplimiento en centro penitenciario: imposibilidad de refundición de conformidad con el artículo 76.2 CP.**

La pena sustituida por la expulsión pierde su naturaleza deviniendo heterogénea e imposible de refundir con las restantes penas de prisión por las que hubiera sido condenado (SSTS 140/2007, 521/2009). En consecuencia, para poder proceder a su ejecución habrá que esperar al cumplimiento de las penas refundidas o, en su caso, a la sustitución de aquellas de conformidad con el apartado 5 del artículo 89 CP (expulsión parcial de la condena).

**d) Concurrencia entre causas penales pendientes de enjuiciamiento y expulsión ya decretada.**

Cuando el extranjero no residente legal esté sometido a varios procedimientos penales, es indispensable la coordinación a través del servicio de extranjería de cada Fiscalía para dar una respuesta global, armónica y coherente con los fines de nuestro ordenamiento. Si el penado extranjero tiene otra u otras causas penales pendientes de enjuiciamiento, no existirá ningún obstáculo para que, una vez acordada la expulsión sustitutiva en la causa ya finalizada, concurriendo los requisitos, se autorice la expulsión, conforme al art. 57.7 LOEX, por los Juzgados que estén conociendo las causas no finalizadas por sentencia.

**VI.3.2. SUPERACIÓN DE AUTOMATISMO: CRITERIO DE LA PREFERENCIA DE LA SUSTITUCIÓN.**

El Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal trató de volver al régimen originario del Código Penal de 1995, restableciendo su naturaleza potestativa para los jueces y tribunales ("podrán ser sustituidas"), pero mitigada mediante una aclaración añadida por la que se declaraba que la expulsión será preferente salvo que el Juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

El redactor del Proyecto trataba de esta manera de eliminar los gravísimos defectos denunciados por la doctrina del Tribunal Supremo sobre la regulación que de esta institución realizó la LO 11/2003, significadamente la relativa a la aplicación no solo imperativa de la expulsión ("serán sustituidas") sino sobre todo automática 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 solo 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).

Tras la tramitación parlamentaria no se modificó el carácter imperativo de la medida ("serán sustituidas") pero se ha eliminado cualquier atisbo de automatismo en su aplicación. Tras la preceptiva audiencia de las partes, el juez o tribunal están obligados a valorar -antes de tomar su decisión motivada- cualquier tipo de razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, esto es, tanto las concernientes a la naturaleza de delito como las condiciones del condenado.

### VI.3.3. MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN: LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN SU NO APLICACIÓN.

**E**l 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.

Ello no solo es una exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva en el aspecto del derecho a obtener una resolución fundada en derecho (SSTS 710/2005, 710/2005), sino también una obligación impuesta por el artículo 120.3 CE, pues toda cuestión suscitada en la instancia y sometida a debate de las partes, ha de ser razonada por el tribunal al resolverla, a fin de dejar de manifiesto que lo decidido no es arbitrario, sino fundado en razones jurídicas (art. 9.3 CE) (STS 1099/2006) (Vide, SSTS 601/2006, 791/2010).

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 (STS 710/2005).

Por ello habrá que tener en cuenta:

#### VI.3.3.1. Gravedad y naturaleza de delito: prevención general.

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).

No procederá la decisión sustitutoria cuando, dada la naturaleza y gravedad del delito, conduzca a eliminar los efectos coercitivos y disuasorios de la norma penal provocando la convicción en los ciudadanos extranjeros de que tienen una especie de licencia para la comisión de una primera acción delictiva, cuya pena quedaría sin ejecutar, generándoseles como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen. Tal situación

de impunidad no solo desactivaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (perspectiva de la prevención general negativa), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como graves (perspectiva de la prevención general positiva) (STS 1189/2005).

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 mas o menos organizada. Otras circunstancias que deben considerarse integradas en el término "razones" para justificar el cumplimiento de la pena en centro penitenciario español, serán la necesidad de protección de víctimas, aun potenciales, en el país de origen.

En relación con el delito de tráfico de drogas, la reforma del CP ha supuesto una degradación penológica que no debe alterar el criterio sólidamente consagrado por la Sala II del TS que, de forma sistemática, y exceptuados los casos de venta al por menor o de relevancia menor (SSTS 172/2006, 366/2006, 1216/2009, 842/2010), ha señalado la improcedencia de la expulsión sustitutiva de la pena en su integridad atendida la inequívoca gravedad de la conducta y el impulso que tal sustitución generaría a la proliferación de tales actividades (SSTS 1249/2004, 1546/2004, 906/2005, 35/2007, 682/2007, 125/2008, 531/2010, 853/2010).

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).

#### VI.3.3.2. Los intereses particulares del afectado

La decisión sustitutoria debe tomar en consideración una pluralidad de intereses personales valorados desde la perspectiva de la justicia material y del respeto al principio de igualdad, en cuanto que la infracción delictiva cometida puede aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero que reside ilegalmente que para el que lo hace de forma legal, o es de nacionalidad española (SSTS 165/2009, 439/2010, 1016/2010), en concreto hay que valorar el arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen (STS 791/2010, 853/2010).

El Tribunal Supremo exige ponderar el grado de integración en la sociedad española del extranjero afectado para poder decidir sobre la imposición de la expulsión sustitutiva.

Siguiendo puntualmente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en interpretación del artículo 8 de la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950), se hace preciso distinguir los siguientes supuestos:

**Primero. El arraigo de permanencia** (vide, STS 200/2007). 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 inmi-



grantes de segunda generación o cuasi nacionales, esto es, los que han nacido en el país de acogida [vide, SSTEDH 18/2/1991 (Moustaquin contra Bélgica), 26/9/1997 (Mehemi contra Francia), 17/4/2003 (Yilmaz contra Alemania), 15/7/2003 (Mokrani contra Francia), 12/1/2010 (Khan contra el Reino Unido)].

La mayoría de ellos ha vivido toda su vida en el Estado donde sus padres llegaron como inmigrantes; en muchos casos no guardan relación alguna con el país de origen, el cual nunca han visitado; son incapaces de desenvolverse con fluidez en el idioma paterno, hablando cotidianamente la lengua del país receptor; en él han sido escolarizados; y, en general, han desarrollado todas sus relaciones sociales, culturales y afectivas, incluido el matrimonio, muchas veces contraído con personas nacionales del país de acogida.

Cuando se dan esas circunstancias -al margen de su nacionalidad formal- es lo cierto que materialmente nos hallamos ante verdaderos ciudadanos del país de acogida, y extranjeros en su país de origen. En todos estos casos, salvo que concurrieran circunstancias extraordinariamente graves y poderosas, la expulsión sería patentemente desproporcionada [vide, STEDH 13/7/1995 (Nash contra Francia)].

Equiparados a los anteriores se encontrarían los inmigrantes llegados en la infancia [SSTEDH 23/1/1991 (Djeroud contra Francia), 13/2/2001 (Ezzouhdi contra Francia), 22/5/2008 (Emre contra Suiza), 23/6/2008 (Maslov contra Austria)] si concurrieran las mismas circunstancias descritas, esto es que durante la mayor parte de su existencia hubieran permanecido en el país receptor, allí fueran escolarizados y, en general, hayan creados sus lazos familiares y sociales en el Estado de acogida [SSTEDH 18/2/1991 (Moustaquin contra Bélgica), 13/2/2001 (Ezzouhdi contra Francia), 15/7/2003 (Mokrani contra Francia), 17/4/2003 (Yilmaz contra Alemania), 10/7/2003 (Benhebba contra Francia), 22/7/2004 (Radovanovic contra Austria), 22/5/2008 (Emre contra Suiza), 23/6/2008 (Maslov contra Austria), 12/1/2010 (Khan contra el Reino Unido)]; y, los inmigrantes de larga duración, es decir, no solo los que hubieran accedido al territorio de acogida durante su juventud y en él hubieran permanecido la mayor parte de su existencia no conservando con su país natal nada más que el simple lazo de la nacionalidad [STEDH 6/2/2003 (Japukovic contra Austria), 10/7/2003 (Benhebba contra Francia), 18/10/2006 (Üner contra Países Bajos) 23/6/2008 (Maslov contra Austria)] sino también los que hubieran residido en él durante un tiempo lo suficientemente prolongado como para haber construido en dicha nación sus lazos familiares y sociales [STEDH 18/2/1991 (Moustaquin contra Bélgica)].

A estos efectos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reforzado su doctrina acudiendo a otros instrumentos internacionales tales como la Recomendación (2000) 15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la Convención de Derechos del Niño de 1989, la Directiva 2003/109/CE sobre residentes de larga duración [STEDH 23/6/2008 (Maslov contra Austria)] y la Recomendación 1504 (2001) de la Asamblea sobre la no expulsión de los inmigrantes de larga duración, por la que se insta del Comité de Ministros que invitara a los Estados miembros, entre otras cosas, a garantizar que los inmigrantes de larga duración en ningún caso fuesen expulsados [SSTEDH 10/7/2003 (Benhebba contra Francia), 18/10/2006 (Üner contra Holanda)].

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 periodo mas o menos largo de tiempo en el que el modo de vida haya sido precisamente la actividad delictiva (ATS 25/06/2009).

**Segundo. El arraigo familiar (STS 1116/2007), 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 (STS 792/2008, 791/2010), unificación familiar que encajan en los amplios términos del art. 30 CE (STS 379/2010), 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 expulsión (STS 791/2010).

En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que "excluir a una persona de un país donde viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el respeto al derecho de la vida privada y familiar, protegida por el artículo 8, 1.º, de la Convención" [STEDH 22/5/2008 (Emre contra Suiza)]. Por el mismo motivo, difícilmente podría alegar este tipo de arraigo quien "es soltero, no tiene hijos, y no ha demostrado mantener relaciones estrechas ni con sus padres ni con sus hermanos y hermanas que habitaban en el país de acogida" [STEDH 30/11/1999 (Baghli contra Francia)]. El arraigo familiar, tal como es definido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se circunscribe a las relaciones o vínculos que nazcan de la familia fundada por el propio extranjero expulsado [STEDH 23/9/2010 (Bousarra contra Francia)], pero solo puede provenir de las relaciones con los parientes próximos, entendiéndose por tales los padres y hermanos, cónyuges o parejas de hecho, e hijos-matrimoniales o no-, siempre que residan en el país de acogida [STEDH 17/02/2009 (Onur contra el Reino Unido)]. Las circunstancias a valorar consisten fundamentalmente en los efectos negativos que puedan producirse como consecuencia de la separación de los componentes del grupo familiar provocada por la expulsión, tanto en relación con el extranjero extrañado como para los que de él dependen. Es obvio, que si sus familiares íntimos acompañan al extranjero en su extrañamiento supondría que también son expulsados [STEDH 26/9/1997 (Mehemi contra Francia)]; del mismo modo, también es evidente que si no pudieran seguirle, qué duda cabe que se resentirían seriamente los derechos del familiar reconocidos por el artículo 8.1 CEDH.

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 [STEDH 11/7/2002 (Amrollahi contra Dinamarca)], deben ser necesariamente incorporadas al juicio de proporcionalidad [STEDH 2/9/2001 (Boultif contra Suiza)], sobre todo cuando la separación es inevitable al no haber ni siquiera la posibilidad de instalarse en un tercer país [SSTEDH 11/7/2002 (Amrollahi contra Dinamarca), 15/7/2003 (Mokrani contra Francia)].

Las dificultades de acompañamiento de los familiares puede provenir del hecho de la distinta nacionalidad de los cónyuges e hijos en relación con el expulsado. En efecto, puede ocurrir que no existan garantías de que

las autoridades del país de origen del cónyuge expulsado vaya a permitir la entrada e instalación de su mujer, de nacionalidad extranjera, en su territorio [STEDH 15/7/2003 (Mokrani contra Francia)]. En otras ocasiones, la expulsión del extranjero cuando su cónyuge o hijos tuvieran la nacionalidad del país de acogida puede de hecho implicar el extrañamiento de ciudadanos nacionales. 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)].

Para poder reconocer la existencia de arraigo familiar no es suficiente con probar la permanencia en el Estado de acogida de sus familiares más próximos, es preciso acreditar la existencia de relaciones reales y efectivas de vida familiar, incluso de mutua dependencia. No basta con demostrar la existencia formal del matrimonio, es preciso que se acrediten otros factores que pongan en evidencia la efectividad de la vida en familia de la pareja [STEDH 11/7/2002 (Amrollahi contra Dinamarca)]; no es suficiente probar que se tienen hijos residentes en el país receptor, es preciso que haya

constancia de una efectividad de relaciones paterno filiales [SSTEDH 7/11/2000 (Kwattíe-Nti y Dufie contra Países Bajos), 13/2/2001 (Ezzouhdi contra Francia) 17/4/2003 (Yilmaz contra Alemania), 15/7/2003 (Mokrani contra Francia)].

La vida familiar debe existir en el momento en que la medida de expulsión va a ser definitivamente ejecutada. Ello significa que el derecho a la vida privada y familiar puede surgir con posterioridad a la decisión de la orden de expulsión por haberse retrasado su ejecución durante tal tiempo que ha logrado la consolidación de las relaciones conyugales o filiales. Así lo ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando la ejecución pretendió llevarse a cabo cuatro años después de dictarse debido a la tardanza en resolver por la autoridad competente el recurso interpuesto contra su expulsión por el afectado, por no ser admisible echar la culpa al demandante de haber recurrido la resolución de expulsión ... ni reprocharle ni imputarle la duración del procedimiento del recurso contra tal resolución" [STEDH 15/7/2003 (Mokrani contra Francia)].

Para valorar el grado de dependencia es necesario tener en cuenta la edad de los hijos [STEDH 2/9/2001 (Boultif contra Suiza)] y las condiciones adicionales de dependencia. Cuanto de menor edad sean los hijos, más necesitados estarán de asistencia familiar.

Del mismo modo, la relación de dependencia se acentuará en caso de que el expulsado adolezca de un precario estado de salud [STEDH 12/1/2010 (Khan contra el Reino Unido)] o padezca de deficiencias físicas o psíquicas que solo pudieran ser atemperadas por la atención y cuidados de sus más allegados, o

cuando la familia fuera el lugar idóneo donde encontrar un mínimo de equilibrio psicológico y social [STEDH 13/7/1995 (Nasri contra Francia)].

Por fin, otro de los factores delimitadores del arraigo familiar en el país de acogida constituye la intensidad de los vínculos del afectado con su nación de origen. En efecto, el arraigo familiar no solo exige el dato positivo de que el núcleo familiar más próximo permanezca en el Estado de acogida, sino también el negativo de carecer de lazos sociales, culturales o familiares con su país de origen [SSTEDH 18/2/1991 (Moustaquin contra Bélgica), 26/9/1997 (Mehemi contra Francia), 17/4/2003 (Yilmaz contra Alemania), 15/7/2003 (Mokrani contra Francia), 12/1/2010 (Khan contra el Reino Unido)].

### VI.3.3.3. 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 [STEDH 11/7/2002 (Amrollahi contra Dinamarca)], el tiempo transcurrido desde el último delito cometido y la decisión de la expulsión [STEDH 18/2/1991 (Moustaquin contra Bélgica)], o desde su excarcelación si cumplió pena privativa de libertad, pues tras 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 [STEDH 12/1/2010 (Khan contra el Reino Unido)], la naturaleza violenta del expulsado [STEDH 25/3/2010 (Mutlag contra Alemania)], la habitualidad criminal (STEDH 8/1/2009 (Joseph Grant contra el Reino Unido)] y, la reiteración de acciones delictivas [STEDH 10/7/2003 (Benhebbba contra Francia)]. Por ello, la existencia de un antecedente por delito de la misma naturaleza es una de las circunstancias a valorar (STS 439/2010).

### VI.3.4. PREVIA AUDIENCIA DEL CONDENADO: DEBATE CONTRADICTORIO.

**E**l carácter preferente de la expulsión sustitutiva en la nueva redacción del artículo 89 CP 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.

De la literalidad del precepto podría interpretarse que - acreditada la falta de autorización de residencia y la pena a imponer- el Juez o Tribunal debería acordar la expulsión, y solo cuando ellos mismos apreciaran razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España deberían oír con carácter previo no solo al penado sino también al Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

Naturalmente una interpretación de estas características sería contraria a nuestro orden constitucional en el que la audiencia del condenado, asistido de letrado, se erige en uno de los requisitos ineludibles previos a la toma de cualquier decisión que le afecte (pena o medida de seguridad), al estar directamente vinculado con el

principio de individualización judicial de las penas que es aplicable a las medidas sustitutivas de la prisión (SSTS 901/2004, 710/2005, 906/2005, 274/2006, 832/2006, 35/2007, 682/2007, 125/2008). Además, esa interpretación no aseguraría el derecho del penado a que se valoren las diversas razones que pueden concurrir para excepcionar la aplicación de la expulsión y, por tanto conculcaría su derecho a la tutela judicial efectiva en el aspecto del derecho a obtener una resolución fundada en derecho (SSTS 710/2005, 710/2005).

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. No es suficiente con que sea oído formalmente en relación con los hechos objeto de acusación al prestar declaración en el juicio ni tampoco cuando se le concede la última palabra (STS 17/2002) que obviamente no satisface las exigencias de tutela de los valores de la familia y el derecho a elegir residencia (SSTS 901/2004, 906/2005, 710/2005, 832/2006, 35/2007, 682/2007, 125/2008, 25/2011).

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.

Por ello, cuando por la acusación ha sido pedida la expulsión sustitutiva (en fase de conclusiones provisionales o definitivas), el Tribunal cumple con el requisito de la previa audiencia cuando? en el plenario ofrece la oportunidad de oír al acusado y a su defensa, les emplaza para manifestar lo que a su derecho convenga, les da la posibilidad de proponer prueba -tras la solicitud de suspensión del juicio (artículo 788.4 LECrim)- sobre cualquier aspecto relevante que pueda incidir en la decisión, y formular las correspondientes alegaciones sobre su resultado (SSTS 710/2005, 601/2006, 832/2006, 1099/2006, 1177/2006, 35/2007, 682/2007, 125/2008, 648/2009, 1027/2009, 1216/2009, 379/2010, 439/2010, 791/2010).

Lo que no impide la lectura constitucional del precepto es que el debate contradictorio pueda ser provocado a iniciativa del propio Juez o Tribunal, ni que, oídas todas las partes, el juzgador se encuentre condicionado por las pretensiones finales de aquellas aunque fueran de idéntico sentido, pues en ningún caso serán vinculantes para el Tribunal que decidirá con libertad de criterio (STS 1400/2005).

En este sentido hay que recordar que el ciudadano extranjero ni tiene un derecho subjetivo a ser expulsado ni lo tiene a ser reinsertado, esto es a cumplir la condena en España (STS 1400/2005), de tal manera que la conformidad del condenado no vincula al Tribunal (SSTS 1546/2004, 906/2005, 366/2006, 166/2007).

Cuestión distinta es la relativa al tiempo de duración de la prohibición de entrada en territorio español que tras la reforma de 2010 se extiende a un plazo de cinco a diez años (artículo 89.2 CP). En este sentido, parece que el Tribunal no podría imponer un plazo de prohibición de entrada superior al interesado por la

acusación (SSTS 125/2008).

En todo caso, la petición de expulsión formulada por los Sres. Fiscales ha de ser puesta en conocimiento del acusado de manera clara y comprensible, de forma que le permita ejercitar su derecho a ser oído -previa audiencia- si ha sido debidamente citado a juicio, así como si decide voluntariamente no comparecer, impidiendo, por propia decisión, cualquier debate contradictorio sobre la expulsión solicitada (SSTS 648/2009, 439/2010, 1016/2010).

Cuando por cualquier circunstancia existiera dudas sobre el efectivo conocimiento por el inculpado de la aplicación del art. 89 CP. Bien al contrario, de la propia lectura de la norma se desprende la existencia de un importante número de resoluciones judiciales, que pueden llegar hasta la casación, -y por consiguiente de decisiones y tomas de postura del propio Ministerio Fiscal- que dependen directamente de la exacta determinación fáctica de la situación jurídica en que se encuentre el extranjero contra quien se dirige la acusación.

### VI.3.5. EL ESCRITO DE ACUSACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

No es admisible que, tratándose de extranjeros sin residencia legal, se guarde silencio en el escrito de acusación provisional acerca de la aplicación del art. 89 CP. Bien al contrario, de la propia lectura de la norma se desprende la existencia de un importante número de resoluciones judiciales, que pueden llegar hasta la casación, -y por consiguiente de decisiones y tomas de postura del propio Ministerio Fiscal- que dependen directamente de la exacta determinación fáctica de la situación jurídica en que se encuentre el extranjero contra quien se dirige la acusación.

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 los Sres. Fiscales en el escrito de calificación provisional a fin de que tal petición sea oportunamente conocida por el acusado y pueda éste articular los medios de prueba que a su interés convengan.

En el apartado primero del escrito de calificación, junto a la nacionalidad del acusado y sus datos identificativos, deberá indicarse, como se ha apuntado, su condición de residente ilegal, incluyendo todos los datos relevantes para la determinación de dicha situación (resoluciones administrativas que le afecten, etc.), debiendo solicitarse en el apartado quinto de forma clara, directa y no alternativa (excluyendo expresiones como "en su caso" o "podrá") la sustitución de la pena por expulsión. Si concurrieran razones que justificaran el cumplimiento de la pena en centro penitenciario español, tal petición deberá constar de manera expresa en el párrafo quinto del escrito de acusación.

Si el motivo por el que no se considera procedente la sustitución se halla en la posible lesión del derecho fundamental a la vida privada y familiar del acusado, dichas circunstancias o elementos en los que se sustenta la causa excluyente, deberán quedar expresadas de forma sucinta y suficientemente comprensiva en el apartado primero del escrito de calificación provisional, y, correlativamente, en el apartado quinto se indicará que la pena no será, en atención a tales motivos, sustituida por expulsión.

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.

El legislador vuelve a la regulación contenida en el Código Penal de 1995 que fijaba una prohibición de regreso de tres a diez años de prisión que, entonces, hacía depender de la gravedad de la pena impuesta. La actual redacción vincula la prohibición de regreso no solo a la duración de la pena sustituida sino también a las circunstancias personales del penado. La elección de este periodo no debe resultar pues caprichosa sino motivada por estas variables tal y como quedó reflejado en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, junto con las circunstancias personales del penado, habrán de valorarse otras de relevancia como la existencia de antecedentes penales y el riesgo de reiteración delictiva.

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

#### **VI.3.6. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 17A LO 19/2003 Y EL POSIBLE INGRESO EN CENTRO DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS (ARTÍCULO 89.6 CP).**

Esta cuestión ya ha sido abordada por la Instrucción 1/10 sobre "funciones del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución de los procesos penales". Debe recordarse en este momento la importancia de que los Sres. Fiscales soliciten expresamente en sus escritos de acusación la aplicación de la DA 17a de la LO 19/2003 de modificación de la LO 6/85 de 1 de julio del Poder Judicial, o alternativamente el ingreso en Centro de Internamiento de Extranjeros previsto en el párrafo 6 del vigente art. 89 del CP en los términos indicados en ella.

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 (CÍES) dado que al ser establecimientos públicos de carácter no penitenciario -artículo 62 bis LOEX- no solo 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 CIÉ 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.

Excepcionalmente, ponderando todas las circunstancias concurrentes, los Fiscales también podrán interesar el ingreso en CIÉ de aquellos condenados a penas de prisión que hubieran podido haber sido suspendidas como consecuencia de la aplicación del artículo 88 CP.

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

Para evitar disfunciones que puedan frustrar la expulsión o, en su caso, el efectivo cumplimiento de la pena, los Sres Fiscales al tiempo que les sea notificado el ingreso en el CIÉ del extranjero condenado? deberán solicitar mediante dictamen en la ejecutoria que el juez o tribunal al menos diez días antes del plazo máximo de internamiento, salvo que conste acreditado que ya se ha materializado la expulsión, recabe urgente informe de la correspondiente Brigada Provincial del Extranjería y Fronteras a fin de que se señalen las causas o los motivos por los cuales no se ha llevado a cabo la misma.

En los demás casos los Fiscales instarán la aplicación de la Disposición Adicional 17a 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 y suficientemente explicitada en la solicitud que la autoridad gubernativa dirija a la autoridad judicial solicitando la prórroga. Los Sres Fiscales analizarán en cada caso concreto la conveniencia de informar a favor de la prórroga pero deberán oponerse a la misma en el caso de cumplimiento avanzado de la condena, entendiéndose siempre por tal, el que alcance a las tres cuartas partes de la pena privativa de libertad.

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.

#### **VI.3.7. LA SUSTITUCIÓN ÍNTEGRA DE LA CONDENA MEDIANTE AUTO POSTERIOR.**

El párrafo segundo del art. 89.1 CP prescribe que "también podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior (a la sentencia), prew'a 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. En efecto, los términos en que se halla redactado el artículo 89.1 CPT indican que el legislador no ha querido atribuir al Juez o Tribunal una suerte de opción discrecional entre acordar la expulsión en sentencia o diferir la decisión a auto posterior -como admite para los supuestos de sustitución de las penas privativas de libertad en el artículo 88 CP-, sino establecer esta segunda posibilidad como subsidiaria. 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.

Esta posibilidad comúnmente se producirá en los juicios celebrados en ausencia del acusado, cuando se tramitan en el propio servicio de guardia (enjuiciamiento inmediato), en los juicios de faltas o en algún supuesto de ejecución de sentencia en la que se pretenda dejar sin efecto la expulsión acordada por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas tal y como reconoce la Sentencia nº 792/2008, de 4/12, señalando que no obstante lo anterior como en ocasiones pueden surgir en la ejecución cuestiones imprevisibles de valorar en el momento del juicio y de la sentencia o que han tenido lugar por circunstancias posteriores (como la acreditación de reunir los requisitos y condiciones para ser ciudadano extranjero con residencia legal en España, por diversas circunstancias: matrimonio posterior con cónyuge español, nacimiento de hijos, concesión de permisos de residencia) se defiende por la doctrina que el requisito de la ilegalidad de la residencia hay que entender que 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. Siendo así en el caso que nos ocupa a la vista de la fotocopia presentada, que constituye al menos un principio de prueba, resultaría conveniente para la adecuada salvaguarda de sus derechos fundamentales, posibilitar al recurrente en ejecución de sentencia que pueda advenir aquel documento y justificar cuál su real situación en España, y en su caso dejar sin efecto aquella sustitución de la prisión por la medida de expulsión.

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.

La decisión de expulsión mediante auto, exige la apertura de un incidente en la ejecutoria, en el cual ha de ser oído el propio penado, el Ministerio Fiscal y en caso de haberlas, las demás partes personadas, sin que ni el dictamen del Ministerio Fiscal ni la manifestación efectuada por éstas tenga carácter vinculante para el órgano sentenciador. 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 de Ejecutorias.

Los autos dictados en este trámite por el Juzgado de lo Penal serán recurribles en apelación y en su caso en queja (art. 766 LECrim) y los dictados por la Audiencia Provincial en súplica o en casación, pues -siempre que se trate se la sustitución íntegra de la condena- nos hallamos ante un pronunciamiento que, ex artículo

89.1 CP, puede ser considerado integrante de la propia resolución condenatoria (STS 531/2010).

### VI.3.8. IMPOSIBILIDAD DE LLEVAR A CABO LA EXPULSIÓN

El párrafo segundo del vigente art. 89.6 CP dispone que "en todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, esta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este código".

Las causas de imposibilidad de materializar la expulsión pueden ser de la más variada naturaleza (negativa del Estado de origen, carencia del visado correspondiente, imposibilidad de transporte, etc.). En todo caso deberán ser comunicadas por la autoridad administrativa correspondiente a la autoridad judicial que tramite la ejecutoria. Constada la misma procederá a ejecutarse la pena según el régimen ordinario, como si se tratara de ciudadanos con autorización de residencia en España.

En estos casos, los Sres Fiscales informarán a este respecto, conforme a los criterios generales establecidos para el resto de los condenados a penas privativas de libertad, en materia de suspensión de condena o sustitución de la misma por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. No obstante, en aquellos casos en que la imposibilidad de materializar la expulsión se hubiera debido a una voluntad deliberadamente obstructivista del penado extranjero concretada en actos de rebeldía, tal circunstancia habrá de ponderarse debidamente a la hora de optar por el cumplimiento de la condena en prisión o por la suspensión o sustitución de la pena, con el objeto de evitar que se produzcan dichas situaciones con el objeto de gozar estas últimas situaciones más beneficiosas.

### VI.3.9. LA SUSPENSIÓN DE CONDENA Y OTRAS MODALIDADES DE SUSTITUCIÓN APLICABLES A LOS PENADOS EXTRANJEROS SIN RESIDENCIA LEGAL.

El anterior artículo 89.1 CP, tras regular en sus dos primeros párrafos las condiciones generales de expulsión sustitutiva de las penas privativas de libertad tanto inferiores como superiores a seis años, establecía en el párrafo tercero que la expulsión se llevaría a efecto sin que fueran de aplicación las disposiciones contenidas en los arts 80 (suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad), 87 (suspensión en los supuestos de drogadicción y alcoholismo) y 88 (sustitución de las penas privativas de libertad).

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 solo surtía efectos en el caso de que la expulsión se hubiera materializado con éxito y que, frustrada esta, los preceptos mencionados recuperarían 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 interpreta-

ción: 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.

Con otra interpretación tendría mejor tratamiento el extranjero expulsado cuyo extrañamiento hubiera sido imposible de llevar a cabo (por razones siempre de naturaleza administrativa ajenas a la aplicación normalizada del derecho penal) que quien ha acreditado fehacientemente que tiene un alto grado de arraigo familiar, laboral o social en nuestro Estado.

En consecuencia, en los supuestos en los que a fin de no quebrantar el derecho a la vida privada y familiar del penado, el Juez o Tribunal hubiera decidido no sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio español, los Sres. Fiscales informarán favorablemente la aplicación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (artículos 80 y 87 CP) a los extranjeros en situación irregular, o su sustitución de las penas de prisión (artículo 88 del CP) si fuera procedente conforme al régimen común.

Sin embargo, cuando el Fiscal se haya pronunciado en contra de la expulsión sustitutiva por entender precisamente que, dadas la naturaleza y circunstancias del delito y del autor, debe procederse a la ejecución efectiva de la pena en España, por pura coherencia no podrá informar a favor de la suspensión de la condena (artículo 80 CP).

#### **VI.4. EXPULSIÓN COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DEL CUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA CONDENA.**

**E**l 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.

Los presupuestos subjetivos de aplicación son idénticos al de la expulsión sustitutiva íntegra de la prisión. Sin embargo, no los son los presupuestos objetivos, la iniciativa y los efectos a que da lugar.

##### **VI.4.1. PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE APLICACIÓN.**

La nueva regulación admite la expulsión como medida

sustitutiva del último tramo de la condena de prisión impuesta (que se encontrare en tercer grado 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 solo 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 aún 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 señalados.

Por ello, cuando no ha sido adoptada la sustitución total de la pena privativa de libertad o ésta es igual o superior a seis años, la expulsión parcial no solo es respetuosa con los principios generales de nuestro sistema penal al evitarse la impunidad de los hechos delictivos de cierta gravedad, sino también se ha garantizado la proporcionalidad de la pena impuesta y cumplida. En efecto, si en todo caso se optara por el cumplimiento completo de la pena el interno extranjero difícilmente podría acceder a permisos, a determinados grados de clasificación y otros eventuales beneficios penitenciarios o penales derivados de su sola condición de extranjero en situación irregular lo que provocaría una situación de inferioridad con los reclusos españoles o extranjeros con permisos de residencia o estancia.

El legislador ha dado una respuesta congruente a uno de los problemas más candentes como el relativo al denominado "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).

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.

No cabe opción a la expulsión parcial en ningún caso salvo que el condenado hubiera sido clasificado en tercer grado o hubiera cumplido las tres cuartas partes de la condena, y siempre previa petición del Ministerio Fiscal.

Cuestión distinta es que el juzgador en aplicación del artículo 36.2 CP haya decidido en sentencia ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta según las reglas que ese precepto previene (potestativa en penas privativas de libertad superiores a cinco años o preceptiva en los casos de los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, Delitos del artículo 183, Delitos

del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años) que, incluso, puede ser dejada sin efecto en el primer caso por el Juez de Vigilancia (artículo 36.2 párrafo final).

#### **VL.4.2. LA EXPULSIÓN SUSTITUTIVA A INSTANCIA DEL MINISTERIO FISCAL.**

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), solo puede ser 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, solo el Ministerio Fiscal, no las eventuales partes acusadoras, puede instar la expulsión sustitutiva parcial. Su fundamento? obviamente deriva de que el Ministerio Fiscal no es una parte más, sino un órgano del Estado que tiene encomendada una función pública de relevancia constitucional (artículo 124 CE), al que se le ha atribuido esa competencia de conformidad con el principio de libertad de configuración de las instituciones que le corresponde al legislador (Vlde, ATC 467/2007, de 17 de diciembre).

El órgano jurisdiccional -previa audiencia del condenado y demás partes- puede denegar motivadamente la petición del Fiscal por concurrir razones que justifiquen el cumplimiento en España. En todo caso, está vedada la expulsión por el Juez de Vigilancia, pues la ley atribuye directamente a la competencia del Juez o Tribunal sentenciador.

Por regla general, los Sres. Fiscales, en sus escritos de acusación provisional o en conclusiones definitivas, deberán promover la indicada expulsión sustitutiva cuando de resultados de la instrucción o del juicio puedan ser valorados y acreditados los requisitos objetivos y subjetivos de aplicación, ya se trate del enjuiciamiento de hechos que llevan aparejadas condenas inferiores o superiores a seis años de privación de libertad.

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 -generalmente a instancia del condenado-, previa audiencia del Ministerio Fiscal. Los Sres. Fiscales no se opondrán a tal petición, e incluso nada impide que la promuevan, cuando hayan cambiado las circunstancias personales del penado durante su es-

tancia en prisión, ya sea por motivo de la adquisición de la residencia legal de cualquier tipo, por las relativas a las condiciones de arraigo, o por causas de naturaleza objetiva como son la imposibilidad de poder llevarse a efecto por riesgo para su vida, conflicto armado, no concesión de visado, etc.

#### **VI.5. QUEBRANTAMIENTO DE LA EXPULSIÓN**

**D**ispone el artículo 89.4 CP que 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.

Se modifican las consecuencias del quebrantamiento de la prohibición de regreso a España que antes solo 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.

#### **VI.6. RÉGIMEN TRANSITORIO.**

**L**a posibilidad abierta por la ley orgánica 5/2010 de expulsión en fase de ejecución, no permite la posibilidad de la expulsión judicial en dicha fase a personas extranjeras ya sentenciadas antes del 23 de diciembre de 2010 en contra de la voluntad del reo.

La STS 748/2006 al analizar la posible aplicación con efectos inmediatos del llamado periodo de seguridad a sentenciados por hechos anteriores al día de la entrada en vigor -2 de julio de 2003- de la LO 5/2003, de 27 de mayo, entendió que la aplicación con efectos inmediatos de ese periodo de seguridad entrañaba una aplicación retroactiva que, al ser perjudicial para el reo, solo se justificaba por la expresa previsión de una disposición transitoria ad hoc que se reputaba inexistente, La LO 5/2010 no la contiene.

Cuestión distinta es que hubiera que revisar la sentencia como consecuencia de que la nueva penalidad prevista para el delito por el que fue condenado el extranjero fuera inferior a la prevista en la legislación anterior (por ejemplo, delitos contra la salud pública, modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud). Cuando se opta por la aplicación de la nueva ley, se hace en sentido absoluto, sin poder seleccionar aquellos aspectos más beneficiosos de la antigua y de la moderna (Disposición Transitoria Primera núm. 2 LO

5/2010, para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta Ley).

En los casos de quebrantamiento de la prohibición de entrada dictada en condenas anteriores a la entrada en vigor de la LO 5/2010, a salvo obviamente la doctrina acabada de señalar, el régimen aplicable será el del texto derogado, de tal manera que si la prohibición de entrada se impuso antes del 23 de diciembre de 2010 y el penado vuelve a España vigente tal prohibición, la consecuencia jurídica será la de la devolución inmediata (expulsión en la terminología legal) al país de origen y no el cumplimiento de la pena en España.

### **VI.7. LAS CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL ART. 89 CP A EXTRANJEROS SANCIONADOS ADMINISTRATIVAMENTE.**

**S**i la pena privativa de libertad ha sido sustituida por la expulsión del territorio español, así como cuando se ha decidido expresamente el cumplimiento de la pena en centro penitenciario en España, el extranjero quedará sujeto a la resolución emanada de la jurisdicción penal, toda vez que el art. 89 CP se refiere única y exclusivamente a los extranjeros condenados a penas privativas de libertad.

Cuando el extranjero ha sido condenado a pena no privativa de libertad, como multa o trabajos en beneficio de la comunidad, y respecto del mismo ha recaído paralelamente decreto de expulsión en aplicación del artículo 57.7 LOEX, la Circular 2/2006 ordenaba a los Sres. Fiscales promover las actuaciones necesarias para que "en los supuestos en los que cuando por haberse iniciado las sesiones del juicio oral no sea posible aplicar el art. 57.7 LE y simultáneamente cuando por la índole de la pena impuesta no sea aplicable el art. 89 CP, la ejecutoria se tramite con la mayor celeridad de forma que la ejecución de la pena impuesta (multa, trabajos en beneficio de la comunidad, localizaciones permanentes) no se convierta en un obstáculo para la expulsión administrativa, cuando ésta sea procedente. El objetivo debe ser el de que la ejecución de la pena no privativa de libertad o de la pena im-

puesta por una simple falta no se torne en obstáculo para la ejecución de una posible expulsión gubernativa".

Este criterio debe ser sometido a revisión porque ha conducido a resultados que distorsionan la coherencia del ordenamiento jurídico ya que por una parte se impide la ejecución de la resolución administrativa por haberse impuesto al extranjero una pena no privativa de libertad y, por otra parte, porque al tratarse de una pena de esta naturaleza no cabe acordar la expulsión sustitutiva prevista en el art. 89 del CP.

De esta manera la comisión de hechos delictivos de escasa trascendencia y la imposición de una pena privativa de derechos, en no pocas ocasiones en juicios rápidos, se ha convertido en un mecanismo de permanencia en España del extranjero expulsado administrativamente. Así se ha llegado a la curiosa situación de que la pena y su cumplimiento se han convertido en formas de permanencia en España, quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto.

En tales supuestos, de haberse dictado resolución administrativa de expulsión respecto del extranjero condenado, habrá que entender que no existe obstáculo procesal a la materialización de la expulsión administrativa dado que tales condenas a penas no privativas de libertad caen fuera del ámbito de aplicación art. 89 del CP, quedando expedita la vía administrativa sujeta al control en su caso, de la jurisdicción contencioso-administrativa. (...)

### **Fundación Paulino Torras Domènech**

Observadora no gubernamental de la Organización Internacional de las Migraciones (O.I.M.)  
Colaboradora de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)

Departamento de actividades culturales  
dac@fptd.org  
[www.itinerauniversitas.org](http://www.itinerauniversitas.org)

