

CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES PARA UNA REFORMULACIÓN DE LA EXPULSIÓN PENAL DE CONDENADOS EXTRANJEROS SIN RESIDENCIA LEGAL

Cristina Guisasola Lerma
Profesora de Derecho Penal
Universitat Jaume I

Resumen: La medida de expulsión de extranjeros como medida sustitutiva de penas privativas de libertad viene suscitando un vivo debate doctrinal y jurisprudencial, fundamentalmente desde la reforma operada en el art. 89 del Código Penal por la LO 11/2003. La modificación de dicho precepto determinó la obligatoriedad de la sustitución en los supuestos de condenas a penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España. En las líneas que siguen se pretende dar a conocer las líneas fundamentales de la reforma operada en el art. 89 por la LO 5/2010, de 22 de junio, así como realizar algunas observaciones y críticas puntuales sobre el texto que entrará en vigor el 23 de diciembre de 2010.

Palabras clave: Expulsión de inmigrantes irregulares. Derechos de extranjeros. Reforma penal.

Recibido: marzo 2010. Aceptado: octubre 2010

Abstract: The expulsion of foreigners as an alternative to imprisonment has sparked a lively debate doctrine and jurisprudence, primarily from the reform made in the art. 89 of the Penal Code by the LO 11/2003. The amendment of that provision determined the requirement of replacement in the event of convictions for custodial sentences of less than six years imposed on a non-resident immigrant legally in Spain. In the lines that follow are intended to present the main lines of reform made in the art. 89 by LO 5 / 2010 of June 22, so as to make some specific comments and criticisms on the text which will come into force on December 23, 2010.

Keywords: Expulsion of illegal immigrants. Foreigners rights. Immigration policies. Penal reform.

Sumario: I. Introducción: las claves del debate. II. La reforma del art. 89 del Código penal por LO 5/2010, de 22 de junio: valoración y propuestas de modificación. 1. La expulsión como medida sustitutiva de penas privativas de libertad inferiores a seis años. 2. La duración de la prohibición de regreso a España. 3. Los efectos de la transgresión de la orden de expulsión. 4. La expulsión sustitutiva de penas iguales o superiores a 6 años de prisión. 5. El régimen de internamiento cautelar. 6. Supresión de la previsión legal que imposibilitaba el someter al extranjero al régimen de suspensión y sustitución de la pena. 7. Exclusión de la sustitución de la pena por expulsión a los condenados por determinados delitos.

I. Introducción: las claves del debate

Como es sabido, frente a los mecanismos previstos en el Código Penal español de suspensión de ejecución de la pena (arts .80 a 87) o sustitución de penas privativas de libertad (art.88), el mero dato de la irregularidad administrativa del extranjero que delinque va a determinar una respuesta penal diferente, según lo previsto en el art.89 del CP. En lugar de cumplir la pena impuesta o aplicar el régimen general de la suspensión o sustitución, el CP preceptúa la expulsión del extranjero irregular condenado a penas de prisión inferiores a seis años¹.

1 Asimismo, el art.108 CP obliga a sustituir por la expulsión no una pena, sino cualquier medida de seguridad, cuyo presupuesto sea la peligrosidad criminal.

El resultado de la aplicación de planteamientos político-criminales en clave puramente represiva para acabar con los males que, parece preocupan en la actualidad, cual es la inseguridad ciudadana, se apreció claramente en las reformas del CP español operadas en 2003. En concreto, la redacción dada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre al art. 89 del CP, supuso un giro radical en la regulación legal de la expulsión de los extranjeros. Hasta entonces, el art. 89.1 del CP establecía que las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España² «podrán ser sustituidas por la expulsión del territorio nacional»; y por ello la decisión del Tribunal Sentenciador en esta materia era el ejercicio de una facultad discrecional de primer grado otorgada por la ley. Sin embargo, la modificación de la redacción legal por la citada LO, utilizando una fórmula imperativa, para determinar la obligatoriedad de la sustitución en los mismos supuestos, suprimiendo la audiencia previa al penado, y exigiendo únicamente la motivación cuando se acuerde el cumplimiento de la pena, ha originado un intenso debate doctrinal³ y jurisprudencial.

-
- 2 A nivel reglamentario ha de hacerse mención del Real Decreto 240/2007 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, a efectos de conocer los extranjeros que, en virtud del mismo, tendrían “residencia legal” en España y, por tanto, estarían excluidos del régimen de expulsión previsto en el art. 89, cuyo presupuesto general de aplicación es, además de que el extranjero haya sido condenado a una pena privativa de libertad inferior a seis años, la falta de residencia legal.
- 3 Entre los numerosos trabajos que abordan el tema, sin ánimo de exhaustividad, vid. ASUA BATARRITA: “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*. 2001; CANCIO MELIÁ, M., «La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)», en VV.AA., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pp. 191 y ss.; CERES MONTES, J. F., «Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional», en VV.AA., *Cuadernos de Derecho Judicial, num. 3: Las últimas reformas penales*, Madrid (CGPJ) 2005, pp. 302 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO,

La regla de la expulsión automática admitía únicamente una excepción cuando el Juez o Tribunal, de forma motivada, apreciara que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. Si efectuamos un breve recorrido por las principales decisiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales tras la reforma operada por la LO 11/2003, en relación a los mecanismos especiales de excarcelación de extranjeros, en particular a la expulsión del territorio nacional, la Sentencia de la **Sala Segunda del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004** ha supuesto un filtro interpretativo del art.89, desde una exégesis garantista, creando jurisprudencia en esta línea de excepción⁴.

Así, se afirma que la expulsión automática, inmotivada, inaudita parte, esto es, sin que se haya escuchado al condenado sobre dicha expulsión, y no fundamentada en criterios de proporcionalidad y ponderación, puede afectar derechos fundamentales de la persona, por lo que “...*parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas*

M.(dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, Madrid 2007, pp. 591 y ss.; GARCÍA DEL BLANCO, I., «Problemas de legitimidad y aplicación de la expulsión como sustitutivo a penas privativas de libertad. A la espera de una inminente reforma en la legislación penal española» (en prensa); MONCLÚS MASÓ, M., *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el contra de los flujos migratorios*, Barcelona, 2008; NAVARRO CARDOSO, Fernando, «Expulsión `penal´ de extranjeros: Una simbiosis de derecho penal `simbólico´ y derecho penal del `enemigo´», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (17), 2006, pp. 153 y ss.; PRAT WESTERLINDH, C., *Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Madrid, 2004; RODRÍGUEZ MESA, M. J. «La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica», en VV.AA., *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Valencia, 2006, pp. 255 y ss.; TERRADILLOS BASOCO: “Política europea de inmigración” en Libro Homenaje a la profesora Díaz Pita, 2008; DE LA ROSA CORTINA, J. M., «La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a 6 años tras la LO 11/2003” en *Diario La Ley* 17 de junio de 2004.

4 No obstante, hay quien ha realizado críticas a esta Sentencia, citándola como ejemplo de “insumisión judicial”, vid. SANCHEZ TOMAS: “Garantismo

circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión”⁵. El Tribunal Supremo consideró entonces que el art. 89 debía ser interpretado desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona.

Esta tesis ha sido reiterada en posteriores sentencias⁶, en la que el TS declara que el art. 89 del Código Penal debe ser aplicado tras el imprescindible juicio de ponderación entre los intereses enfrentados en juego, y por tanto con una motivación individualizada a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso, y ello, ya se valore la expulsión en clave negativa para el condenado, como en clave positiva para él a fin de evitar —en tal caso—, el sentimiento de impunidad ante la primera comisión del delito que pudiera suponer su expulsión sin complemento de penas. A este respecto, cabe citar asimismo la STS de 25 de enero de 2007 o la STS de 21 de diciembre de 2005, en la que declara que la medida de expulsión, en delitos de inequívoca gravedad, puede determinar la impunidad de las conductas y «la proliferación de tan dañinas actividades por extranjeros ante la garantía de que, de ser descubiertos, serían repatriados a su país tras escaso tiempo de prisión», con lo que quedaría seriamente lesionado tanto el efecto resocializador de la pena, como la prevención general.

La contrarreforma del art.89 del CP fue anunciada de forma casi inmediata por la Secretaria de Estado de Inmigración, así como por el entonces Ministro de Justicia en su primera comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de Diputados. Y así, el Proyecto de LO, aprobado el 15 de diciembre de 2006, de reforma del CP contemplaba la modificación del citado precepto. El prelegislador pretendía pues eliminar el automatismo de la

e insumisión judicial en la expulsión de extranjeros”, en VVAA: *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II*, p. 1559 y ss.

5 Dicha línea de interpretación ha sido adoptada por alguna Audiencia Provincial, como la de Valencia, en sus autos de 13/9/2004 y 14/1/2005.

6 Como las SSTS de 28 de octubre de 2004, o de 11 de octubre de 2005.

medida de expulsión, prevista en el art. 89 del CP como sustitutivo de penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a extranjeros no residentes legalmente en España. No obstante, la convocatoria de elecciones generales y posterior disolución de las Cortes Generales, provocó que decayera el citado Proyecto.

La idea de reformar el texto punitivo se retoma tras la formación del nuevo gobierno y si bien el nuevo Anteproyecto de reforma del CP español de 14 de noviembre de 2008 resultaba semejante al anterior en sus líneas generales, por razones desconocidas pero sin duda criticables se abandona la idea de reformar el art. 89, alejándose pues de la interpretación jurisprudencial que aparecía ya plenamente consolidada.

Con motivo del cambio de titular del Ministerio de Justicia, se procedió —con fecha de 23 de julio de 2009— a la modificación del citado Anteproyecto, incorporando el legislador los motivos que le llevaron en 2006 a prever la reforma del art. 89 del CP.

Finalmente la reforma penal se aprobó por LO 5/2010 de 22 de junio⁷, sobre la cual realizaré una breve reflexión, señalando cuales han sido las novedades más significativas en relación al régimen de expulsión de los extranjeros.

II. La reforma del art. 89 CP por LO 5/2010, de 22 de junio: valoración y propuestas de modificación

El panorama reformista descrito sirve para enmarcar la última reforma penal, en el ámbito que nos ocupa, aprobada en 2010. En las líneas que siguen se pretende dar a conocer el alcance y significado de las modificaciones finalmente introducidas en el artículo 89 del Código Penal, incidiendo en aspectos que, a mi juicio, siguen mereciendo consideraciones críticas.

1. La expulsión como medida sustitutiva de penas privativas de libertad inferiores a seis años

7 Reforma que entrará en vigor el próximo 23 de diciembre de 2010.

El apartado 1 del art. 89 CP queda redactado del siguiente modo: “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”.*

Sin duda, lo más significativo del texto aprobado es el mantenimiento de la naturaleza obligatoria de la expulsión, pese a que los diversos Proyectos de reforma penal posteriores a la regulación prevista en la Ley 11/2003, suprimían el automatismo de la misma. Resulta especialmente lamentable el retorno a la expulsión como medida de aplicación automática (“*Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas*”) desoyendo las críticas vertidas de forma reiterada por la doctrina y la jurisprudencia.

Entre los muchos sinsentidos y disfunciones de la medida de expulsión, quizás lo más llamativo sea su “ambivalencia aflictiva”, tal y como se recogía en la Exposición de Motivos del Proyecto de CP 2009⁸: si bien en algunos casos la expulsión puede

8 Según palabras del prelegislador en la Exposición de Motivos, “*gran fuente de conflictos en la reciente experiencia penal ha sido la contradictoria función de la medida de expulsión de extranjeros, especialmente cuando si se configura con un fuerte automatismo que de lugar a que sea imposible imaginar anticipadamente el efecto que su aplicación vaya a causar en cada concreto sujeto, abriéndose tanto la posibilidad de que la medida resulte excesivamente aflictiva en comparación con la pena que puedan sufrir otros individuos con análoga responsabilidad, hasta todo lo contrario, provocando entonces un efecto criminógeno al resultar de nulo poder preventivo y ser, incluso, un beneficioso modo de escapar del castigo, amén de desigual en comparación también con las situaciones similares. La búsqueda del*

poseer un enorme contenido afflictivo, en el caso de aquellos que hayan conseguido un arraigo a pesar de su irregularidad, en otros casos, la expulsión como sustitutiva de la pena puede suponer, un auténtico regalo, con la consiguiente merma de las facultades preventivo generales del Derecho penal⁹. En efecto, “la búsqueda del imprescindible carácter especialmente preventivo a la par que disuasorio de esa amenaza penal exige que se permita a los Tribunales que puedan valorar la oportunidad de acordarla”, lo que ha sido puesto de manifiesto reiteradamente por el Tribunal Supremo.

El texto final no obstante amplía, aunque de una manera vaga y abierta, las causas que pueden justificar el cumplimiento de la condena en territorio español (“*salvo que el Juez o Tribunal... aprecie razones que justifiquen...*”). Recordemos que el texto anterior a la reforma no admitía más excepción al mandato legal de sustitución —además de lo previsto en el anterior apartado 4 del art. 89, en relación con los delitos de los arts. 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518— que la que venía dada por “la naturaleza del delito”, no dejando margen a ningún tipo de interpretación correctora de la literalidad del texto legal.

A este respecto hubiera sido deseable, a mi juicio, además de que se hubiera eliminado con rotundidad la obligatoriedad de la expulsión, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, que en la propia figura se fijaran los criterios que debe utilizar el Juez a la hora de ponderar la permanencia o no en territorio español del condenado extranjero. De ese modo entre las causas que justificarían su prosecución en territorio español, considero que debiera preverse expresamente el atender, no únicamente a la naturaleza del delito sino también a la **gravedad del delito**, así como a las **concretas circunstancias del extranjero** (arraigo,

imprescindible carácter especialmente preventivo a la par que disuasorio de esa amenaza penal exige, por todo ello, que se permita a los Tribunales que puedan valorar la oportunidad de acordarla, lo que ha sido puesto de manifiesto reiteradamente por el Tribunal Supremo”.

9 Así, MARTINEZ ESCAMILLA: “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: Hasta donde estamos dispuestos a llegar?”, cit, p. 13 y ss.

situación familiar, o por ejemplo, el que se trate de nacionales de países donde no es posible la expulsión, por correr riesgo su vida, si esta se efectúa)¹⁰. De ese modo, se aplicaría la medida de forma individualizada, ponderada y no automática, en la línea en que se ha venido situando la jurisprudencia ya citada, y que resulta acorde con la postura adoptada por el el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹ que, en relación a las órdenes de expulsión también recordaba a los Estados el necesario respeto de los derechos humanos del sujeto, particularmente de su derecho a la vida familiar.

Cabe destacar asimismo, que en el texto reformado se amplía la posibilidad de que la sustitución de la pena por la expulsión se lleve a cabo, además de en la sentencia, “**en auto motivado posterior**” — en el caso de penas de prisión inferiores a seis años — o “**durante su ejecución**” — en el caso de cumplimiento de la pena privativa de libertad y acceso al tercer grado o cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes.

Merece un juicio positivo el hecho de que se introduzca el trámite de **la audiencia al penado**¹². El texto reformado prevé que, en todo caso —esto es, tanto en el supuesto de extranjeros sin residencia legal condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años como en el caso de que éstos estuvieran cumpliendo cualquier pena privativa de libertad (apartado 5, art.89)— antes de acordar la expulsión será necesario oír previamente al penado, en correspondencia con la doctrina del TC que

10 Recordemos que el Informe del CGPJ al entonces Anteproyecto de LO 11/2003 ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba —y así se encuentra en la actualidad— respecto a la consideración de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión.

11 Sentencias de 18 de febrero de 1991 (As. Moustaquim), de 26 de marzo de 1992 (As. Beldjoudi), 15 de noviembre de 1996 (As. Cruz Varas) y 2 de mayo de 1997 (As. Chahal).

12 El Informe del CGPJ al Anteproyecto de 2006, añadía que también debía incluirse la audiencia al perjudicado, puesto que la efectividad de la expulsión podría frustrar sus expectativas de cobro de la indemnización, por lo que,

lo viene exigiendo como condición de validez del procedimiento (STC 242/1994).

En esta línea debe recordarse que el Protocolo n.7 al Convenio para Naciones Unidas para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, ratificado por España (BOE 15 de octubre de 2009) y que ha entrado en vigor en nuestro país el 1 de diciembre de 2009, determina que el extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado solamente podrá ser expulsado en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley y deberá poder además “a) hacer valer las razones que se opongan a su expulsión, b) hacer que se examine su caso y c) hacerse representar en esas acciones ante la autoridad competente o ante una o varias personas designadas por dicha autoridad. Sólo podrá procederse a la expulsión, antes de hacer valer los derechos que figuran en los tres apartados citados, de manera excepcional, cuando aquella sea necesaria por razones de orden público o por motivos de seguridad nacional.

En lo que atañe al momento procesal de la audiencia quizás debiera haberse previsto que dicha pretensión además deba formularse en el momento del escrito de acusación o de calificación provisional, toda vez que, si se omitiera tal petición en ese momento, perdería la posibilidad de articular los medios probatorios pertinentes, tendentes a acreditar los extremos que considere oportunos¹³.

2. La duración de la prohibición de regreso a España

El apartado 2º del 89. 2. del texto reformado dice así: “*El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la*

según el Informe, su punto de vista también debía ser objeto de valoración por el Juez.

13 PUENTE SEGURA: “Suspensión y sustitución de las penas”, 2009, p. 412 y ss.

duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado”:

Una de las novedades positivas es la previsión de la posibilidad del juez de modular el período de prohibición de regreso a España del extranjero expulsado, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. Evidentemente lo contrario conculcaría el principio de proporcionalidad, de ahí que compartimos esta nueva previsión. Ahora bien, como es sabido, el marco normativo de aplicación de los mecanismos de expulsión no se limita al art.89 y 108 del CP, sino que, debe efectuarse una contemplación sistemática del bloque normativo relativo a la expulsión, y por ende, atender a las previsiones de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. La regulación de la materia, caracterizada por su variabilidad, origina problemas prácticos y de coherencia, hablándose en este sentido de “un contexto de caos normativo”¹⁴. De ahí que apelemos a la necesaria armonización entre la legislación penal y la de extranjería.

En este sentido, la reforma penal proyectada no ha tenido en cuenta las nuevas previsiones recogidas en la LO 2/2009 de 11 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000 relativas a los efectos de la expulsión. En concreto, el art. 58.1 prevé que *“La duración de la prohibición se determinará en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso y su vigencia no excederá de los cinco años”*. Sólo excepcionalmente, el 58.2. contempla que *“cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, podrá imponerse un período de prohibición de entrada de hasta diez años”*.

La horquilla prevista en el artículo 89.2 reformado exce-
de pues de la previsión de la LO 2/2009 de modificación de la

14 ARIAS SENSO: “Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 8 de julio de 2004”, en Diario La Ley, n.1, 2005, p. 1500.

denominada Ley de Extranjería, de suerte que, de acuerdo con el Dictamen emitido por el Consejo de Estado con fecha 30 de octubre de 2009 (si bien refiriéndose al proyecto de reforma de la Ley de Extranjería) la discrepancia de criterios ha de ser corregida. A mi juicio el legislador debiera haber rebajado los límites y situar el límite máximo de prohibición de regreso en los 5 años, para asegurar una armónica construcción y ulterior aplicación de las dos iniciativas normativas.

3. Los efectos de la transgresión de la orden de expulsión

El apartado cuarto del art. 89 establece lo siguiente: *“Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad”*.

El legislador distingue dos supuestos de transgresión de la orden de expulsión, según si el extranjero fuere descubierto en la frontera intentado entrar en España —lo que dará lugar a su expulsión directamente por la autoridad gubernativa— o bien cuando efectivamente consiguiera entrar en nuestro país, contraviniendo la prohibición de regreso. En este último caso, la consecuencia prevista es la exigencia de “cumplimiento de las penas que en su día le fueron sustituidas”. En esta hipótesis parece coherente que se hubieran introducido ciertos matices que posibilitaran, en función del tiempo transcurrido y por tanto del cumplimiento de la medida sustitutiva, o en función de las circunstancias concretas en que se ha producido el quebrantamiento de la medida, la reducción de las penas a cumplir, criterio que resulta coincidente con el formulado por el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Anteproyecto.

4. La expulsión sustitutiva de penas iguales o superiores a 6 años de prisión

El apartado 5º del art. 89 reformado establece lo siguiente: *“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”*.

El texto mantiene, pues, la obligatoriedad de la expulsión cuando se hubiera accedido al tercer grado penitenciario o una vez que se hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena. De suerte que la pena no puede tender a la resocialización, dado que está abocada desde el principio a la expulsión. No obstante, la reforma aprobada añade la excepción, idéntica a la prevista en el primer apartado, formulada de forma abierta y muy genérica de que los jueces o tribunales aprecien “razones” que justifiquen el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario de nuestro país.

5. El régimen de internamiento cautelar

El tenor del art. 89.6, párrafo primero es el siguiente: *“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 su expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y las garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa”*.

El presente apartado, de nuevo cuño, mantiene lo previsto en el Proyecto 2009 de reforma del Código Penal y supone la posibilidad de que el Juez acuerde el internamiento cautelar del extranjero en un CIE, para asegurar su expulsión, equiparándolo con el ingreso en el mismo previsto en la Ley de Extranjería.

No es extraño que el Consejo de Estado recomendara una reflexión sobre la citada remisión, realizada sin mayores precisiones (“*en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa*”) máxime si traemos a colación las múltiples críticas que ha suscitado la ampliación del internamiento de extranjeros de 40 a 60 días (art. 62.2. LO 2/2009) basada en la Directiva de Retorno, toda vez que la STC 115/1987 fijó el plazo de 40 días sobre la base del Convenio Europeo de Extradición.

Pero es que además si acudimos a la LO 19/2003, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su Disposición Adicional 7ª (“Comunicaciones de los órganos judiciales a la autoridad gubernativa en relación con los extranjeros”) se impone que la sentencia que acuerde la sustitución de la condena por la expulsión dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad hasta que la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión, lo que deberá hacer efectivo en el plazo más breve posible y, en todo caso, “dentro de los 30 días siguientes”, salvo causa justificada que lo impida. De suerte que, pese a ser conscientes de las dificultades que en la práctica supone organizar el retorno de los extranjeros, la remisión a los 60 días previstos en la normativa de extranjería supone doblar el plazo previsto en la citada LO 19/2003, con lo que se están estableciendo discordancias en la situación de aquellos condenados extranjeros que se encuentren en trámite de ser expulsados al haberse acordado la sustitución de la pena impuesta.

6. Supresión de la previsión legal que imposibilitaba el someter al extranjero al régimen de suspensión y sustitución de la pena

El párrafo segundo del art. 89.6 reformado establece que: “*En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa*

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

Resulta plausible que, en virtud de los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad (arts. 1, 9.2, 9.3., 13.1 y 14.1 CE), se proceda, de un lado, a la supresión de la previsión legal en el antiguo 89.1 que imposibilitaba el someter al extranjero al régimen general de suspensión y sustitución previsto en los arts. 80, 87 y 88 del Código Penal, y de otro, a la consiguiente previsión, si bien sólo para el caso de que no sea posible llevar la expulsión a efecto¹⁵, de *“aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del art.88 de este Código”*¹⁶.

La nueva regulación de este aspecto se acomoda así a la doctrina del **Tribunal Constitucional** puesta de manifiesto en algunas recientes sentencias, que tiende a dejar sin efecto algunas de las trabas legales impuestas al inmigrante irregular.

Así, en el Auto 132/2006, de 4 de abril, a partir de una interpretación teleológica y sistemática del último párrafo del 89.1. CP-¹⁷— el TC concluye que, en este caso, sería posible alcanzar

15 Pensemos en supuestos tales como el país no lo reconozca como súbdito.

16 La supresión de la prohibición de acceso al régimen de suspensión y sustitución evitará tener que recurrir a la vía del indulto parcial para proceder a la sustitución de la pena en casos de penas desproporcionadas, como en el caso de los manteros. Valga como ejemplo, el indulto concedido el pasado 20 de noviembre a Mor Ndiaye, mantero condenado a ocho meses de prisión, pena que fue sustituida por la expulsión durante 10 años del espacio Schengen, y que finalmente, por la vía del indulto parcial, se le ha conmutado por la de trabajos en beneficio de la comunidad.

En todo caso, la reforma penal de 2010 ha previsto esta posibilidad en el artículo 270.1 ap.2º del Código Penal.

17 Art. 88: *“En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, esta no pudiera llevarse a efecto, se procedera al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o de periodo de condena pendiente”*

la solución contraria, esto es, la aplicación del régimen general de suspensión o sustitución de la pena, de darse los requisitos legalmente previstos¹⁸.

7. Exclusión de la sustitución de la pena por expulsión a los condenados por determinados delitos

El apartado 7 de art. 89 queda redactado como sigue: *“Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados*

18 Transcribo a continuación su razonamiento en el FJ2: *“Como ha quedado dicho, el texto legal cuestionado no obliga a llegar a esta conclusión. No obliga a ello su interpretación literal. En primer lugar, es obvio que el último párrafo del art. 89.1 CP no establece expresamente ninguna previsión sobre la imposibilidad de aplicar los arts. 80, 87 y 88 CP en los supuestos en que la expulsión no pueda finalmente verificarse. Tampoco a esta conclusión puede llevar la utilización en este párrafo del término “cumplimiento”, puesto que, como ya destacara el Fiscal General del Estado, dicho término en el contexto del Código Penal no es sinónimo de ingreso en prisión, tal como se acredita con su utilización, por ejemplo, en los arts. 73, 75 y 76 CP en relación al establecimiento de los límites máximos de cumplimiento en supuestos de concursos reales de delitos, utilización que, evidentemente, no prejuzga la aplicabilidad de los sustitutivos penales. Y, en segundo lugar, la exclusión de la aplicación de éstos en el párrafo tercero del art. 89.1 CP viene prevista en el marco de una disposición que comienza diciendo que “la expulsión se llevará a efecto”, lo que no es el caso del supuesto regulado en el último párrafo en el que se prevén los efectos legales cuando la expulsión no se puede llevar a efecto.*

La conclusión interpretativa de la que parte el órgano judicial para fundamentar el cuestionamiento del precepto tampoco resulta obligada a partir de su interpretación sistemática, puesto que, mientras la regulación establecida en el tercer párrafo del art. 89.1 CP se está refiriendo a una expulsión posible, para descartar que pueda dejarse de practicar por aplicación de los preceptos penales que rigen la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad o su sustitución por otras penas menos gravosas, no obstante reunir el penado extranjero los requisitos legales para ello; sin embargo, el último párrafo del art. 89.1 CP constituye una cláusula de cierre que sólo es aplicable cuando la expulsión no es posible, en cuyo caso nada obsta a que se apliquen, en su caso, las previsiones establecidas en los arts. 80, 87 y 88 CP.

Por último, tampoco obliga a alcanzar la conclusión de referencia una interpretación teleológica del mencionado precepto. La finalidad de las formas

por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código.»

Este nuevo apartado mantiene lo dispuesto en el anterior apartado 4 del precepto, si bien a la relación de delitos cuya comisión excluye la sustitución por la expulsión se ha añadido el art. 313 (reformado también en el Proyecto) y se han eliminado los arts. 515.6 (dejado sin contenido por LO 15/2003), 517 y 518 del Código Penal. A este respecto pienso que debería incluirse entre aquellos delitos cuya comisión impide la posibilidad de acordar la expulsión el nuevo delito de trata de seres humanos (art.177 bis).

No podemos finalizar sin realizar una última observación en relación a la redacción del **art.108 (sustitución de la medida de seguridad por la expulsión)**. En relación a este precepto proponemos una doble solución alternativa: en principio, la modificación del art. 89 CP tendría que haber arrastrado necesariamente la del **art.108**, tanto para buscar coherencias en las descripciones típicas, como fundamentalmente para no atentar contra el principio de proporcionalidad. Desconocemos las razones por las que el Proyecto mantiene el automatismo de la sustitución de las medidas de seguridad por expulsión del territorio nacional cuando se imponen sobre un extranjero no residente legalmente en España,

sustitutivas de las penas privativas de libertad es favorecer la reinserción y rehabilitación social de los penados con penas cortas privativas de libertad mediante su suspensión condicional o su sustitución por otras medidas distintas que eviten el eventual efecto desocializador que podría tener el efectivo ingreso en prisión durante un corto periodo de tiempo. Esta finalidad quedaría frustrada en el caso de entenderse que el penado extranjero no residente legalmente en España condenado a una pena corta privativa de libertad y cuya expulsión no resultara posible ejecutar se vería obligado indefectiblemente a ingresar en un centro penitenciario para cumplir dicha pena corta privativa de libertad sin posibilidad de que le fueran aplicados, si se cumplen los requisitos legales, los sustitutivos penales. En definitiva, la posibilidad de interpretar la norma cuestionada en forma compatible con el art. 14 CE puesto en relación con el art. 17 CE determina que la presente cuestión de inconstitucionalidad esté incurso en la causa de inadmisión señalada”.

máxime cuando en el Anteproyecto de 2006 sí se introducía el arbitrio judicial en dicho ámbito. En dicha dirección, insistimos que se tendría que haber reestablecido el carácter discrecional de la decisión judicial de sustitución de las medidas de seguridad privativas de libertad por la expulsión, atendiendo a los motivos que se han expuesto *supra*, así como la modulación del período de prohibición de regreso a España.

En todo caso, en segundo término, se puede considerar asimismo que la expresa previsión del art. 108 resulta innecesaria: dado que, de acuerdo con las reglas generales aplicables a las medidas no es obligatorio para el Juez imponer una medida privativa de libertad, podrá optar por la expulsión¹⁹.

19 En esta dirección, TERRADILLOS BASOCO: en ALVAREZ GARCIA/ GONZALEZ CUSSAC (Dir): *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*. Valencia, 2010, p. 127.