

M.^a del Carmen de León Jiménez

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Socia de la FICP.

~La sustitución por expulsión del territorio nacional de las penas privativas de libertad~

I. INTRODUCCIÓN

Tras la reforma de la L.O. 1/2015 se establece un régimen único de suspensión, se mantienen los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de suspensión, con lo que se intenta asegurar que Jueces y Tribunales resuelvan una sola vez sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas.

La L.O. ha suprimido el artículo 88 CP, que regulaba el régimen ordinario de la sustitución de las penas privativas de libertad, y ha traído, entre otras muchas cosas, una nueva redacción del art. 89, es decir la disposición que regula las expulsiones judiciales: la sustitución de las penas privativas de libertad por expulsión, único supuesto que se mantiene como tal, ya que la sustitución por multa o trabajos en beneficio de la comunidad ahora se configuran como condiciones de la suspensión de la pena.

Hasta ahora la línea divisoria se situaba en los seis años de condena: para condenas inferiores a seis años, estaba prevista la expulsión directa, aunque rara vez se producía sin cumplir al menos el denominado periodo de seguridad; y para penas superiores a seis años se preveía la expulsión cumplidas las tres cuartas partes de condena, o cuando el penado accediera al tercer grado de tratamiento penitenciario, y siempre que se tratara de extranjeros en situación de irregularidad.

II. LA SUSTITUCIÓN POR EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL.

La nueva regulación ajusta el límite de la pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería. Los jueces y tribunales deberán establecer en todo caso, qué parte de la pena impuesta debe ser cumplida efectivamente en prisión, cuando se hayan impuesto penas de más de cinco años.

La sustitución por expulsión se condiciona en todos los casos a la proporcionalidad de la medida.

El juzgador deberá examinar en primer lugar si el acusado tiene carácter de extranjero, de conformidad con lo establecido en el propio art. 1,1 de la Ley de Extranjería cuando declara que se consideran “extranjeros”, a los efectos de la aplicación de la presente ley, a los que carezcan de la nacionalidad española. De igual forma deberá analizar la condición de este extranjero como no residente legal en España”.

Expuestos los requisitos del alcance subjetivo de la norma, hay que detenerse de forma obligatoria en la situación de los extranjeros en situación irregular que son progenitores de niños de españoles, en los que hay que tener en cuenta no solo su *inexpulsabilidad* declarada por el Tribunal Supremo, sino las conclusiones derivadas del estudio que de esta situación hace la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, Gran Sala, de 8 de marzo de 2011(C/34/09) en la que se delimita el derecho de residencia de los ciudadanos comunitarios reconocida por el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y que debe interpretarse “*en el sentido de que opone a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un Estado tercero que asume la manutención de sus hijos de corta edad nacionales de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de estos, la denegación conllevaría que los ciudadanos de la Unión se verían obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores.*”

Poniendo esta importante sentencia en consonancia con el art. 89 del Código Penal, puede decirse que el citado art. 89 circunscribe su ámbito de aplicación a los extranjeros que no sean ciudadanos comunitarios o asimilados, ni apátridas, ni refugiados, ni solicitantes de asilo, ni progenitores de ciudadanos de la Unión con dependencia normalizada, puesto que los mismos pese a no ostentar nacionalidad española, sin embargo ostentan residencia legal a todos los efectos

La Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, refiere cuando puede entenderse que un extranjero se encuentra irregularmente en España:

1º) Permanencia irregular originaria, que comprendería los supuestos de entrada ilegal consumada.

Los artículos 25 a 27 de la LE regulan las condiciones de entrada legal en España. En este punto deben tenerse en cuenta los supuestos en los que conforme al artículo 45 del RE cabe otorgar autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

2º) Permanencia irregular sobrevenida por no obtención de prórroga de estancia, conforme a los artículos 30 de la LE y 29 y 30 del RE.

3º) Permanencia irregular sobrevenida por caducidad de documentos que autorizaban la residencia, sin haber solicitado la renovación en el plazo reglamentario.

1. La reforma del artículo 89 del Código penal

El artículo 89 del Código Penal, en su versión anterior a la LO 2015, establecía que “Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

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

Tras la reforma, el nuevo artículo 89 CP determina el límite mínimo de un año de la pena de prisión para poder acordar la sustitución por expulsión. Este precepto determina en su apartado 1 que las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

El apartado segundo establece que cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada¹

El Tribunal Supremo² refirió que “para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales, superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal”, parece imprescindible, en primer lugar, ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar, fundamentalmente, “para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión”.

2. Naturaleza

El principio general es que en las penas cortas privativas de libertad el Estado renuncie a su cumplimiento, y lo sustituya por la expulsión del extranjero que delinque del territorio nacional, salvo razones excepcionales que justifiquen la ejecución de la condena en un centro penitenciario en España. En las penas largas, el Estado no puede renunciar a su cumplimiento (ejercicio del «ius puniendi»), pero deja en manos del Tribunal sentenciador el cumplimiento de una parte de la pena (o toda), para optar después igualmente por la expulsión.

La reforma, pues, pone en manos del Tribunal sentenciador todas estas decisiones referentes a la expulsión, como ya lo hiciera en otros apartados, como en el ámbito de la suspensión de las penas. Confiere la ley penal mucha más discrecionalidad judicial en la aplicación del caso concreto enjuiciado.

Por otro lado, en el artículo 89 del Código Penal, únicamente se expresa que la pena será sustituida por su expulsión del territorio español, sin aclarar cuál es el país de origen al que va a ser expulsado; sin embargo, parece razonable interpretar que lo sea a aquel en donde el extranjero tenga su ciudadanía, y siempre que tal Estado acepte como tal la medida.

3. Ámbito subjetivo

Pueden ser de dos clases: extranjeros no comunitarios y extranjeros ciudadanos de la Unión Europea.

¹ Art. 89.4, primer párrafo

² STS 8 de julio de 2014

a) Ciudadanos extranjeros no comunitarios

Tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, solamente se consigna como ámbito sujeto de aplicación lo que la ley penal denomina «ciudadano extranjero», para referirlo a los no comunitarios, pues éstos tienen su regulación específica en el apartado 4 del art. 89 del Código Penal.

Al tratarse de ciudadanos extranjeros con residencia legal o ilegal, la cuestión del ámbito subjetivo de la norma queda más clarificada.

- Indocumentados
- En tránsito y documentados
- Extranjeros de segunda generación (lo impedirá por tesis general el arraigo)
- Refugiados o asilados. Están excluidos de la jurisdicción penal³
- Apátridas⁴

b) Ciudadanos de la Unión Europea

Por lo que respecta a los ciudadanos nacionales de países integrados en la Unión Europea, algunas Audiencias Provinciales⁵ entienden que los ciudadanos comunitarios, es decir, los nacionales de un estado perteneciente a la Unión Europea, debido al espacio común europeo y al principio de libre circulación por todos los países de la Unión Europea, no son equiparables a un extranjero no residente legalmente en España, sino que se equiparan más bien a los extranjeros residentes legalmente en España, sin perjuicio de que puedan solicitar el cumplimiento de la pena en el país del que son nacionales. Según este criterio, por lo tanto, nunca resultarían de aplicación las prevenciones contenidas en el artículo 89 del CP a los extranjeros que sean nacionales de un país perteneciente a la Unión Europea (sin perjuicio de su posible expulsión administrativa conforme a las disposiciones de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social).

La nueva regulación, en atención a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la UE y de los miembros de las familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como en la Jurisprudencia del TJUE, aborda

³ Artículo 44.1 y 45 Ley 12/2009, de 30 de octubre).

⁴ Artículo 31.1 Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y artículo 18 Real Decreto 865/2001, de 20 de julio).

⁵ Acuerdo no Jurisdiccional de 29 de mayo de 2004 de la A.P. De Madrid

expresamente la cuestión limitando a determinados supuestos, de manera que la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.

En síntesis, cabe afirmar que todos los ciudadanos nacionales de Estados miembros de la Unión Europea —Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Rumania y Suecia—, o de aquellos países a los que les sea aplicable el régimen comunitario —Noruega, Islandia y Liechtenstein (al haber firmado el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo) y Suiza (por virtud de Acuerdo de 21 de junio de 1999 entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza)—, tienen reconocido un derecho de residencia en España de carácter *originario*, de tal manera que no necesitan de reconocimiento expreso o acto de autorización o permiso de la autoridad administrativa⁶

Asimismo, en el caso de un ciudadano de la Unión Europea, si éste hubiera residido en España durante los diez años anteriores, procederá la expulsión cuando además:

a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 del nuevo artículo 89 CP.

4. Momento para decidir sobre la expulsión

La nueva regulación establece que el Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la

⁶ Los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tienen derecho a residir en territorio español por un período superior a tres meses, artículo 7.1 RD 240/2007.

ejecución de la pena⁷ por lo que entendemos siguen resultando aplicables las anteriores consideraciones jurisprudenciales.

En aquellos supuestos en los que hubiera de procederse a la expulsión del condenado extranjero, no habrá lugar, evidentemente, a materializar la misma hasta tanto la sentencia en la que se acuerde no alcance firmeza. De conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 17^a de la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, por la que se modificaba la LOPJ, “*Los órganos jurisdiccionales comunicarán a la autoridad gubernativa las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad (o medida de seguridad) originariamente impuesta hasta tanto la autoridad administrativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial*”.

5. Efectos jurídicos de la expulsión

Ejecutada la medida de expulsión, como es lógico, la expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España⁸. Y debe tenerse en cuenta, además, que la prohibición de regreso a España queda ampliada a todo el territorio europeo donde se aplica el Convenio Schengen.

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

Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas.

La reforma de 2015 añade en el nuevo artículo 89.7 una excepción a lo anterior, al determinar con carácter general el cumplimiento de la pena sustituida, salvo que, excepcionalmente, el Juez o Tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las

⁷ Art. 89.3 del CP

⁸ Antiguo art. 89.3 y nuevo art. 88.6

circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento. No obstante, si el expulsado 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 trata de una norma especial que fija el contenido del quebrantamiento de esta medida de seguridad, impidiendo la aplicación del artículo 468.2 del CP.⁹

Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un Centro de Internamiento de Extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa¹⁰

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. Las razones de esa imposibilidad pueden obedecer a diferentes causas determinantes de la imposibilidad definitiva, apreciada por el órgano jurisdiccional, de que la administración gubernativa pueda ejecutar o materializar la expulsión del territorio nacional en un plazo razonable, ya sea porque como es frecuente, se desconozca la nacionalidad del condenado o el país extranjero no lo reconozca como nacional o no acepte a sus propios nacionales, porque obtenga la condición de asilado, etc.

Los supuestos en que no será de aplicación la sustitución de la pena de prisión por expulsión se amplían en la LO 1/2015 al delito al que se refiere el artículo 177 bis CP (trata de seres humanos), y se mantienen el resto de delitos ya introducidos en la regulación actual, referida a los artículos 312, 313 y 318 bis.

Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa (art. 89.8).

⁹ La Circular 5/2011 argumentaba que “ 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”

¹⁰ Nuevo art. 89.8 , primer párrafo

El tiempo de estancia en CIE está sujeto al límite de sesenta días naturales establecido en el artículo 62.2 LO 4/2000.

Ante la posibilidad de que el extranjero deba quedar en libertad y a fin de evitar su fuga o desaparición, el CP prevé su internamiento hasta tanto sean expulsados.

La Fiscalía General del Estado ha señalado que el ingreso de un condenado a penas de prisión parece incompatible con el ingreso cautelar en un CIE dado que al ser establecimientos públicos de carácter no penitenciario –art. 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 internos que han cometido una mera infracción administrativa de aquellos condenados en sentencia penal.

Igualmente, el Consejo General del Poder Judicial informó que se establezca una previsión para el abono del tiempo de este internamiento para el caso de que finalmente la pena de prisión haya de ser cumplida, bien porque la expulsión no ha podido llevarse a efecto, bien porque el extranjero expulsado regrese a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente (art. 89.7).

BIBLIOGRAFÍA

PALOMAR OJEDA, A., Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales, Navarra, 2012.

RECIO JUÁREZ, M., La expulsión de extranjeros en el proceso penal, Dyckinson SL, Madrid, 2016

SELMA PENALVA, A., La expulsión de extranjeros del territorio español, Ed. Laborum, 2015.