

LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN POR LA EXPULSIÓN:

RESUMEN:

La última reforma del Código penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, modifica el artículo 89 introduciendo importantes cambios. La reforma modifica el ámbito subjetivo de aplicación del citado artículo, pasando de ser aplicable, con la anterior regulación, a los extranjeros no residentes legalmente en España para ser actualmente de aplicación al "ciudadano extranjero". Asimismo, la reforma introduce criterios de individualización de la respuesta penal como son "las circunstancias del hecho y personales del autor, en particular su arraigo en España", que deberán ser analizadas caso por caso.

PALABRAS CLAVES: Prisión, arraigo, sustitución, reinserción, extranjero, centro de internamiento.

ABSTRACT:

The latest reform of the Criminal Code operated by LO 1/2015 of March 30, modifies article 89 introducing important changes. The reform modifies the subjective scope of application of the mentioned article, from being applicable, with the previous regulation, to foreigners not legally resident in Spain to be currently applicable to the "foreign citizen". Likewise, the reform introduces criteria for the individualization of the criminal response, such as "the author's personal and personal circumstances, in particular their roots in Spain," which must be analyzed on a case-by-case basis.

KEY WORDS: Prison, arraigo, substitution, reinsertion, foreigner, detention center.

1.- INTRODUCCIÓN:

La medida de expulsión se introduce por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico penal con el Código Penal de 1995 aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre. Desde entonces, el precepto ha sufrido notables modificaciones, siendo la última la operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

La expulsión de ciudadanos extranjeros es una medida de seguridad contemplada en nuestro ordenamiento jurídico que obedece a razones de política criminal. El legislador entiende que el ciudadano extranjero que una vez acogido en el país delinque, no merece la confianza del Estado asumiendo su acogimiento y residencia, por lo que habilita medios legales para su expulsión, ya sea acordándose inmediatamente mediante sentencia firme condenatoria, o tras un primer periodo de cumplimiento en nuestro país de la pena de prisión a la que haya sido condenado, lo que supone que la expulsión tiene lugar ya en fase de ejecución de sentencia.

Hemos calificado este instrumento de política criminal como una medida de seguridad, pues no se trata propiamente de una sustitución de penas, porque aquí no existe efecto novatorio alguno, sino que lo que se sustituye es la misma ejecución de la pena que se cambia por la expulsión del extranjero del territorio nacional. Buena prueba de ello es que la expulsión no es ninguna pena que se articule en catálogo alguno de nuestro Código Penal. Por ello nos decantamos por pensar que su naturaleza es la de una medida de seguridad¹.

2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN:

Determinar la naturaleza jurídica de la expulsión de ciudadanos extranjeros como sustitución a la pena de prisión, no ha sido cosa fácil y ha enfrentado a varios sectores de la doctrina, como veremos, siendo finalmente el sector mayoritario y el compartido personalmente, el que determina que la naturaleza jurídica de la expulsión es el de medida de seguridad.

¹ <http://www.fiscal.es>

La confrontación doctrinal deviene por la regulación que el legislador otorga a la expulsión en el Código penal dado que, por un lado, recoge la expulsión en el Título IV bajo la rúbrica ‘De las medidas de seguridad’ como una medida de seguridad no privativa de libertad (art. 96.3.2º del CP)² pero, a su vez, en el art. 89 del mismo cuerpo legal, la contempla como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad y en el art. 108 del CP como medida para la sustitución de las medidas de seguridad. Y así, un sector doctrinal entre quienes se encuentra ASÚA BATARRITA³, considera que la expulsión regulada en el art. 89 del CP no es una pena, por no figurar en el art. 33 del CP; no cumplir los fines propios de la misma tanto a nivel preventivo general como especial y en base a desproporcionalidad existente entre la expulsión y la gravedad del hecho.

² Artículo 96 CP:

1. Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad.

2. Son medidas privativas de libertad:

1.ª El internamiento en centro psiquiátrico.

2.ª El internamiento en centro de deshabitación.

3.ª El internamiento en centro educativo especial.

3. Son medidas no privativas de libertad:

1.ª) La inhabilitación profesional.

2.ª) La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.

3.ª) La libertad vigilada

4.ª) La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

5.ª) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

6.ª) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

³ <https://dialnet.unirioja.es>

Una posición contraria es seguida por otros autores tales como IZQUIERDO ESCUDERO⁴ que entiende que el hecho de que la expulsión sustituya a una pena, y que su contenido consista en la prohibición de entrada en España por un plazo determinado, es similar al contenido de la pena de ‘privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos’ regulado en el art. 33 apartado g) del CP. Personalmente, no comparto esta postura pues la privación del derecho a residir siempre viene delimitada por un ámbito espacial concreto, más amplio o menos, pero siempre se acuerda con una acotación concreta, localidad, ciudad, etc, no se acuerda para prohibir residir en todo el territorio español.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO⁵, es partidario de tratar la expulsión como una medida penal autónoma por no ser ni una pena, ni una medida de seguridad, ni un sustitutivo penal y que debería ser entendida como una sanción administrativa dado que, en realidad, sirve como respuesta no tanto a fines jurídico-penales cuanto a fines de control de flujos migratorios.

Personalmente, la postura doctrinal que comparto es la que entiende que la expulsión es una medida de seguridad, pues va encaminada a sustituir la ejecución de la pena de prisión impuesta cambiándola, de forma inmediata o tras un periodo mínimo de cumplimiento, por la expulsión del extranjero del territorio nacional.

3.- ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA EXPULSIÓN:

La reforma operada con la LO 1/2015 de 30 de marzo, modifica el ámbito subjetivo de aplicación del art. 89 CP que pasa de ser aplicable a los “extranjeros no residentes legalmente en España”, como ocurría con la anterior regulación, para ser actualmente de aplicación al “ciudadano extranjero” para referirlo a los extranjeros no comunitarios,

⁴ F.J. Izquierdo Escudero. “Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal. Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 106/1997, de 17 de abril”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 5, 1997, pp. 1861-1865

⁵ www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/685/950/Diaz_Garcia_Conlledo.pdf

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.

Consecuencia de esta nueva redacción encontramos ciertas peculiaridades como que no será posible la expulsión de extranjeros que hayan adquirido la nacionalidad española. Para ello hay que acudir al concepto de español, que se aloja en el Código Civil: de origen; por opción; por adopción; por carta de naturaleza; por concesión. Y al art. 68 de la Ley de Registro Civil. La condición de nacional español se acreditará por DNI o Pasaporte español. Del mismo modo tampoco será posible la expulsión de ciudadanos extranjeros que ostenten doble nacionalidad⁶.

En cuanto al supuesto de extranjeros ciudadanos de la Unión Europea, el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 17 Tratado Constitutivo CE) confiere a todo ciudadano de la Unión Europea *un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*, por lo que tampoco es posible su expulsión, en general, pues como veremos sí es posible la expulsión de los extranjeros comunitarios en casos muy excepcionales motivados por razones de orden público. Es un derecho originario pero de configuración legal pues está sometido a las limitaciones establecidas por la Directiva 2004/38/CE que, en España, han sido recogidas por el Real Decreto 240/2007⁷.

En síntesis, cabe afirmar que todos los ciudadanos nacionales de Estados miembros de la Unión Europea 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 administrativa.

⁶ www.fiscal.es

⁷ www.fiscal.es

Dice LEGANÉS GÓMEZ⁸ que este tratamiento privilegiado del comunitario sufre un viraje radical en el CP de 2015 con una sorprendente previsión subjetiva en el nuevo art. 89. Conforme a la redacción de su apartado 1 la expulsión se aplicará al ciudadano extranjero, sin mayor concreción, suprimiendo así el inciso del antiguo art. 89.1 CP que restringía la norma al no residente legalmente en España. Señala el Código Penal, tras la modificación operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, 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». Antes de la reforma, la jurisprudencia ya se había manifestado contraria a la expulsión de los extranjeros comunitarios, salvo en casos concretos por razones graves de orden o seguridad.

La doctrina ha señalado que, en efecto, el legislador ha introducido un segundo apartado en el número 4 en el que prescribe que «la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales». Pero se concreta que «si 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 sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda [volver a] 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».

⁸ S. Leganés Gómez. “La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015”, en *Diario La Ley*, nº 8579, 2015, pp. 1-17.

En lo que al ámbito objetivo se refiere, a diferencia⁹ de la redacción anterior, en la que la sustitución de la pena privativa de libertad solo podía acordarse en sentencia, el actual artículo 89 CP amplía la posibilidad de que esta sustitución se produzca también mediante auto motivado después de la firmeza de la sentencia, cuando el tribunal sentenciador no contara con elementos suficientes para acordar la medida al dictar sentencia.

En ambos supuestos nos encontraríamos ante una sustitución íntegra de la condena (art. 89.1, 2º), distinguiéndola así de la sustitución de la condena tras el cumplimiento parcial de la misma, al alcanzar el tercer grado o las tres cuartas partes de la condena, regulada en el apartado 5º del art. 89 CP.

4.-PENAS SUSCEPTIBLES DE SUSTITUIRSE POR EXPULSIÓN:

La reforma establece un cambio importante en este aspecto, por cuanto solo será posible la sustitución de las penas de prisión superiores a un año, no siendo posible, como sucedía con la anterior legislación, la sustitución de cualesquiera penas privativas de libertad. La reforma zanja así la polémica que suscitaba la derogada norma, respecto a la posibilidad o no de sustituir por expulsión, la pena de localización permanente y la responsabilidad subsidiaria por impago de multa.

La reforma también acaba con otra polémica que se planteaba con la anterior regulación, la posibilidad de aplicar el mecanismo de expulsión por la comisión de una falta, algo que hoy no tiene virtualidad al haber desaparecido esta categoría de infracción. Si lo planteáramos con respecto a la comisión de un delito leve, tampoco tendría sentido discutir al respecto, pues si el delito leve estuviera castigado con la pena de localización permanente, ésta no tendrá una duración mayor de tres meses, y como veremos, el nuevo sistema instaura un ámbito temporal que impide aplicar la sustitución de la pena por la expulsión en las penas de prisión inferiores al año, y no a las demás penas privativas de libertad.

⁹ <http://www.abogacia.es>

El CGPJ entendió que ello era conforme con el principio de proporcionalidad. La pena de prisión tiene que ser superior al año, esto es, un año y un día en adelante. Si no concurre este módulo, no puede ser sustituida por la expulsión. Esto va a originar que las expulsiones puedan descender, pues no se podrá expulsar administrativamente a un extranjero que ha cometido un delito sancionado con dicha franja punitiva, mientras no cumpla la misma¹⁰.

En cuanto a si la pena deberá considerarse en concreto o en abstracto, a los efectos de determinar si admite o no expulsión, de la redacción literal del art. 89 CP y de su expresión “pena impuesta”, solo puede entenderse que la pena a tener en cuenta deberá ser considerada en concreto y no la pena en abstracto, y en el caso de encontrarnos con una condena a varias penas, entiendo que no es posible la acumulación de varias condenas de prisión hasta sumar el mínimo de un año, pues la expresión «las penas de prisión de más de un año», debe entenderse como penas individuales (de más de un año) y ello se infiere de la propia redacción del artículo y a su falta de indicación expresa de tal posibilidad por parte del legislador.

Establece la Sala II del Tribunal Supremo (SSTS 140/2007, 521/2009), que 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 por lo que ante el supuesto de concurrencia de resoluciones, aplicando unas la expulsión judicial y otras exigiendo su cumplimiento en centro penitenciario, no será posible la refundición de penas de conformidad con el artículo 76.2 CP.

Resulta interesante analizar qué sucede en los casos de concurrencia entre causas penales pendientes de enjuiciamiento y una expulsión ya decretada. Este tema¹¹, que es muy importante, no ha merecido la atención del legislador reformando a su vez el art. 57.7 a) de la LO 4/2000, el cual se ha quedado desfasado, pues está relacionado con la antigua diferenciación entre penas privativas de libertad inferiores o superiores a seis años de prisión, posibilitando los archivos de procedimientos en tramitación de

¹⁰ www.fiscal.es

¹¹ www.fiscal.es

procesados o imputados extranjeros, aunque dicho sea de paso, ni siquiera se aclaraba que los mismos serían inmediatamente archivados (aunque se presumía de su lectura).

La Fiscalía General del Estado había advertido ya que 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 LOEX15, por los Juzgados que estén conociendo las causas no finalizadas por sentencia.

El sistema que instaura la LO 1/2015, de 30 de marzo, modifica la barrera de separación anterior entre penas de más o menos de seis años de prisión, para diferencias ente:

-Penas de hasta un año de prisión: Como norma general se sustituirán por la expulsión del territorio nacional.

-Penas superiores a un año de prisión e inferiores a cinco: 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.

Aquí el juez considera que debe cumplirse una parte de la pena de prisión, y sustituirse la restante por la expulsión, en función de la defensa del orden jurídico y la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, que no es otra cosa –como ya hemos dicho más arriba– que la aplicación de la conocida cláusula de prevención general, que constituye una de las finalidades de la pena, tanto en su aspecto positivo como en su vertiente negativa. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando el penado acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

-Penas superiores a cinco años de prisión: La diferencia con la previsión anterior, es que ya no puede sustituirse la ejecución de toda la pena por la medida de expulsión, sino que se ha de cumplir, siempre, una parte de la pena en un centro penitenciario español, si bien en la proporción que el Tribunal sentenciador tenga por conveniente, bajo el

principio de la denominada prevención general como una de las finalidades de la pena. En todo caso, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

5.- CARÁCTER IMPERATIVO DE LA EXPULSIÓN Y EXCEPCIONES:

Pese¹² a que en la redacción actual se sigue manteniendo el carácter imperativo, “las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas”, lo cierto es que se asume la jurisprudencia dada tanto por la Sala II del Tribunal Supremo como por el TEDH, que ha venido matizando el pretendido “automatismo del legislador”, que ha quedado reflejada en las sentencias STC 203/97 y SSTS 901/04; 514/2005; 274/06, 3-3; 514/05, 22-4; 165/09; 827/2010; 884/2011.

En otro mecanismo de vital importancia, como es la obligatoriedad de audiencia del penado, y la motivación de la resolución, basado en el principio elemental del derecho del extranjero a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24 CE por ser un derecho imprescindible para la dignidad humana, es donde se permite en un procedimiento contradictorio y práctica de prueba, bien sea en la fase de vista oral o en ejecución posterior, que las circunstancias personales del extranjero, entendiendo las circunstancias de arraigo de manera amplia, familiares, sociales etc., deban ser valoradas por el Juzgados, ante la decisión de acordar o no la medida de sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio. Todo ello en aplicación del principio de proporcionalidad que rige en nuestro sistema jurídico pena.

El art. 89.9 CP indica que no serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis.

¹² www.abogacia.es

Aunque¹³ la fórmula sea ciertamente lógica, puede producir algunos problemas en delitos como el actual 318 bis, cuyo tipo básico se encuentra muy levemente castigado, lo que posibilita la suspensión de la pena, y por consiguiente, sin que el extranjero en esas condiciones, ni cumpla la condena en España (que es la razón de la excepción que tratamos), ni pueda ser expulsado, por razón del delito cometido y de la pena impuesta.

6.- PROCEDIMIENTO PARA ACORDARLA:

Dos son los momentos oportunos para acordar la medida, al dictar sentencia o posteriormente, mediante auto motivado, en caso de que al tribunal sentenciador le falten elementos esenciales para acordarlo en la sentencia que dicte. La decisión de expulsión sustitutiva mediante auto (art. 89.1 CP) exige la apertura de un incidente en la ejecutoria, correspondiendo la competencia para su tramitación al juez o tribunal que haya dictado la sentencia o, en aquellos territorios en que existan, a los Juzgados de Ejecutorias.

La sustitución se ha de solicitar por el Ministerio Fiscal. Con respecto a la posibilidad de que otras acusaciones puedan formular esta petición, la Circular¹⁴ de la FGE 5/2011 nos había advertido de que "sólo el Ministerio Fiscal, no las eventuales partes acusadoras puede instar la expulsión sustitutiva parcial". Hoy creemos que esta tesis puede ser discutible, aunque la razón de que lo pida el Ministerio Fiscal responde al criterio de política criminal en que descansa esta medida, conforme al cual corresponde a un órgano del Estado efectuar tal petición, que se relaciona con los flujos migratorios. De todos modos, lo que no puede realizar el Tribunal sentenciador es tomar esta determinación de oficio, pues en caso contrario, estaría infringiendo el principio acusatorio.

Y en caso de juicio en ausencia, también debe ser oído el acusado.

¹³ www.fiscal.es

¹⁴ www.fiscal.es

También hemos de señalar que está vedada la expulsión por el Juez de Vigilancia, pues la ley atribuye directamente a la competencia del Juez o Tribunal sentenciador. 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). Pero nada impedirá al penado extranjero pedirlo, en la propia ejecutoria si entiende que tal medida le beneficia.

La sustitución de la pena de prisión por la expulsión del extranjero requiere el trámite de audiencia al extranjero a los efectos de evitar causarle indefensión (AP Barcelona, Sec. 20.ª, 27-2-2012).

En lo que a la carga de la prueba se refiere, entiende el Tribunal Supremo (STS 27-3-2012), que corresponderá la carga de la prueba de las circunstancias personales que pueden determinar que el Tribunal no sustituya el cumplimiento del fallo por la expulsión que le haya sido solicitada, corre a cuenta de quien las alega.

7.- CONSECUENCIAS MÁS RELEVANTES DE SU ADOPCIÓN:

Acordada¹⁵ la expulsión del condenado extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, desde la fecha de su efectiva expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado (art. 89.5). Conforme al principio acusatorio, el Tribunal no podrá imponer un plazo de prohibición de entrada superior al interesado por la acusación (STS 125/2008).

La expulsión también produce el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España (art. 89.6), como

¹⁵ www.fiscal.es

consecuencia de la pérdida ya de objeto de tales procedimientos administrativos y de que no puedan dictarse resoluciones contradictorias.

En caso de quebrantamiento de la prohibición de entrada en el territorio español, se distingue entre el descubrimiento del quebrantamiento de la medida en la frontera, o tras la frontera. 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. Si el extranjero expulsado lograra traspasar la frontera y fuera descubierto posteriormente en España, antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, 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 circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento (art. 89.7). 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.

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

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).

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 (art. 89.8.2º). 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 españoles.

8.- CONCLUSIÓN:

El Nuevo ámbito subjetivo de aplicación del art. 89 CP, tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, no ha supuesto un cambio tan radical como podía parecer de inicio, en conexión con el nuevo ámbito objetivo del mismo. Personalmente, creo que merece una crítica negativa la remisión a las circunstancias del hecho y personales del extranjero, en el momento de decidir sobre la medida de expulsión, ya que, si bien por un lado permiten individualizar la respuesta penal y evitar la expulsión en aras del arraigo social del sujeto en España, lo cierto es que dada la causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEX, solo se consigue retrasar la ejecución de la expulsión con ello, dificultar las posibilidades de reinserción.

En general considero positiva la última reforma del artículo 89 del CP, pues si bien no ha logrado resolver todos los problemas interpretativos que se venían produciendo en la

práctica, su redacción , muchos más precisa, permite superar situaciones que jurídicamente eran insostenibles.

Rocío Gutiérrez Gallardo

Abogada Colegiada ICAB

Máster Derecho Penal ICAB