

TRABAJO DE FIN DE GRADO

DICTAMEN SOBRE LA SUSTITUCIÓN DE PENAS DE PRISIÓN POR EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL: EL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL



Alumno: Ignacio Medina Gortázar

Tutor: José Antonio Tomé García

Calificación: Matrícula de Honor (10)

Grado en Derecho (Grupo TFG Procesal 1)

Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal

Curso 2022-2023

ÍNDICE

- ❖ 1) Introducción
- ❖ 2) Naturaleza jurídica
- ❖ 3) Presupuestos objetivos de la medida
 - a) Según la naturaleza de la pena
 - b) Según la cuantía de la pena
 - c) Según la clase de delito
- ❖ 4) Presupuestos subjetivos de la medida
- ❖ 5) Aparente imperatividad de la medida. Excepciones a la misma
 - a) Aparente imperatividad de la medida
 - b) Excepciones a la aparente imperatividad de la medida
 - 1) Excepción relativa o de orden político-criminal. La necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito
 - 2) Excepción absoluta. El principio de proporcionalidad. Especial referencia al concepto de arraigo
- ❖ 6) Especialidades por razón del objeto
- ❖ 7) Especialidades por razón del sujeto
 - a) Ciudadanos de la UE y asimilados
 - b) Residentes durante +10 años
 - c) Otras especialidades no mencionadas en el art. 89 CP
 - 1) Asilados y protegidos internacionalmente
 - 2) Apátridas
 - 3) Indocumentados y ciudadanos cuya nacionalidad u origen no pueden determinarse
- ❖ 8) Procedimiento
 - a) Competencia
 - b) Legitimación
 - c) Tramitación
 - 1) Solicitud de la medida
 - 2) Trámite de audiencia
 - 3) Resolución
 - a) Momento procesal
 - b) Motivación

- d) Recursos
- ❖ 9) Efectos de la expulsión
 - a) Salida del territorio nacional
 - b) Archivo de procedimientos y responsabilidad civil
 - c) Prohibición de regreso a España
 - 1) Plazo
 - 2) Quebrantamiento
 - a) Quebrantamiento consumado
 - b) Quebrantamiento intentado
- ❖ 10) Ejecución de la expulsión
 - a) En concurrencia con otras penas o con causas penales pendientes
 - 1) Con otras causas penales no finalizadas por sentencia firme
 - 2) Con ejecución de penas no privativas de libertad impuestas en distinta causa
 - 3) Con ejecución de penas privativas de libertad impuestas en distinta causa
 - b) Periodo transitorio antes de la ejecución
 - 1) Aseguramiento cautelar de la expulsión
 - 2) Revisión de la decisión de expulsión
 - c) Imposibilidad de llevar a efecto la expulsión
- ❖ 11) Conclusiones

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
DA	Disposición Adicional
FGE	Fiscalía General del Estado
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882
LO	Ley Orgánica
LOEX	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOTJ	Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado
PPR	Prisión permanente revisable
RD	Real Decreto
RELOEX	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada)
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

DICTAMEN SOBRE LA SUSTITUCIÓN DE PENAS DE PRISIÓN POR EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL:
EL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL

1. Introducción:

En el estudio de la sustitución de penas de prisión por expulsión del territorio nacional para extranjeros no puede perderse de vista el hecho de que estamos ante una institución cuya regulación, básicamente en el artículo 89 del Código Penal (CP), ha pasado por 5 redacciones distintas desde la aprobación del Código en 1995. El Tribunal Supremo ya hablaba de “*vértigo legislativo*”¹ en 2004, y desde entonces ha habido 2 reformas más. Este fenómeno no se entiende sin tener en cuenta algunos de los aspectos más problemáticos de esta institución jurídica, que se irán tratando a lo largo del trabajo, pero que conviene apuntar ahora, pues también serán, en cierta medida, los hilos conductores de la exposición.

El primero de ellos es el hecho de que la normativa se ha ido debatiendo entre considerar la expulsión una medida de aplicación mecánica y automática, que se debe adoptar siempre, salvo casos excepcionales, y tratarla como una medida que solo cabe aplicar tras ponderar adecuadamente las circunstancias. Respecto al método de atender a las circunstancias, también se plantea el dilema de si debería ser el legislador quien fije unos criterios para aplicar la expulsión, que los jueces se limitarían a aplicar, o si debería haber un margen (mayor o menor) de arbitrio judicial. Las distintas redacciones del art. 89 CP han adoptado posturas distintas en torno a esta cuestión.

Uno de los motivos por los que, a mi entender, es fundamental atender a las circunstancias del caso concreto, y nunca aplicar la expulsión mecánicamente, es que la expulsión, según a quién se aplique, puede ser muy beneficiosa o muy gravosa, en comparación con el cumplimiento de la pena de prisión². El problema estaría en presumir que la expulsión siempre es más beneficiosa o más perjudicial para el extranjero que la pena de prisión originariamente impuesta. La solución pasa por evitar todo automatismo en la aplicación de la medida, y por garantizar siempre la audiencia al penado, como trámite procesal esencial para saber qué opina el extranjero sobre su propia expulsión.

Otro de los problemas que encuentra la legislación en esta materia es que busca compaginar muchos fines, principios y derechos simultáneamente. No hay un problema intrínseco en que una institución jurídica persiga varias finalidades a la vez. El problema surge cuando estas finalidades no se alinean,

¹ STS 901/2004, de 8 de julio (ECLI:ES:TS:2004:4932) FJ 2

² En palabras de la STS 344/2021, de 26 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1698), “*la expulsión del extranjero sin vinculación alguna con el país no alberga componente sancionador alguno; o, si acaso, nimio y despreciable. Cuando la medida comporta abandonar el lugar donde está instalado el afectado desde muchos años antes y donde mantiene su entorno laboral social y parental, encierra alto contenido aflictivo*”

y para perseguir una acaban sacrificándose otras. Entonces surgen los problemas de coherencia. El artículo 89 CP trata de lograr, como se irá viendo, respetar las exigencias de la prevención general (positiva y negativa) y especial y, en las expulsiones de ciudadanos de la UE, las del orden público y la seguridad pública. Todo ello, respetando el principio de proporcionalidad (89.4, 1er párrafo CP), el principio de igualdad y no discriminación³, la libre circulación y residencia (tratándose de ciudadanos de la UE), el derecho a la vida privada y familiar⁴, el non bis in idem y, en el ámbito procesal, el derecho de defensa, las exigencias de defensa, el principio acusatorio y la congruencia de las sentencias. Está claro que no es fácil lograr todo eso simultáneamente. Mención aparte merece el intentar perseguir, mediante el art. 89 CP, finalidades relativas a la política estatal de extranjería (convirtiendo el Código Penal en una herramienta al servicio del control de la inmigración) y penitenciaria (buscando reducir el número de internos en prisiones españolas). Yo no creo que estas finalidades deban estar proscritas de la legislación penal, pero sí creo que perseguirlas no debería perjudicar a principios esenciales de la misma⁵. Lo cierto es que, a día de hoy, el artículo 89 CP intenta hacerlo todo a la vez, y es un equilibrio muy delicado el que trata de alcanzar. Aquí me limitaré a estudiar la institución, no a proponer posibles reformas para mejorarla. Esa tarea queda para el legislador, pero no conviene perder de vista estas cuestiones, de cara a comprender mejor la exposición.

Antes de pasar al estudio de esta institución como tal, conviene aclarar que este trabajo se circunscribe al análisis de la expulsión sustitutiva de penas de prisión del art. 89 CP. Quedan fuera de su enfoque, por tanto, los distintos supuestos de expulsión administrativa de la LOEX, así como la sustitución de medidas de seguridad por expulsión que regula el art. 108 CP.

2. Naturaleza jurídica:

No es pacífica la cuestión sobre la naturaleza de la institución que nos ocupa. Procede, pues, examinar las diversas propuestas que se han formulado al respecto, así como los argumentos a favor y en contra de las mismas. En concreto, hemos de ver si la expulsión de extranjeros como sustituto de la pena de prisión es una pena, una medida de seguridad, un sustitutivo penal, una sanción administrativa trasladada al Derecho Penal o ninguna de las anteriores.

³ Que no se respetaría “cuando la infracción delictiva cometida pudiera aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero, que para el que tiene nacionalidad española”, como dice la STS 927/2016, de 14 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5503), con cita de otras varias.

⁴ Artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH)

⁵ En palabras de la STS 479/2014, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2496), que el art. 89 CP busque “*tutelar ciertos objetivos específicos de la política de extranjería o de inmigración, (...) no significa que puedan orillarse los fines específicos del sistema penal, ya que de ser así quedaría este instrumentalizado y desnaturalizado en sus funciones más primordiales*”.

La primera opción que se plantea es que la medida analizada sea una pena. Esta opción es generalmente rechazada en base a que el catálogo de penas del artículo 33 CP no la incluye expresamente como tal. Así se ha pronunciado expresamente el Tribunal Constitucional⁶, y así lo ha considerado parte de la doctrina⁷, en base al principio de legalidad. El TC⁸ también ha rechazado que esta medida se adapte a la naturaleza de la pena, puesto que “*no se concibe como modalidad de ejercicio del ius puniendi del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito*”, sino como una “*alternativa al cumplimiento de la verdadera pena, que en todo caso deberá cumplirse si el extranjero regresa a España, porque la expulsión, en sí misma, no satisface la responsabilidad penal o civil derivada del delito, siendo, de alguna manera una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello*”. Es decir, según el TC, estaríamos, no ante una pena, sino ante una alternativa al cumplimiento de la verdadera pena, la de prisión.

Sin embargo, ha habido quien, a pesar de todo ello, ha defendido que se trata de una pena. Izquierdo Escudero⁹, en respuesta al mencionado ATC 106/1997, sostiene que no es argumento suficiente el que la sustitución no se incluya en el catálogo de penas del art. 33 CP, puesto que tampoco se incluye entre aquellas instituciones que el art. 34 CP excluye expresamente de ser consideradas penas. Entiende que estamos ante una pena que sustituye a otra, pero que la pena no es la expulsión del territorio nacional, sino la prohibición de regreso al mismo (véase el apartado 9 de este trabajo, letras a y c). En concreto, se trataría de una pena de prohibición de residir en determinados lugares o acudir a ellos, que sí aparece en el art. 33 CP. La expulsión del territorio nacional simplemente sería una “*medida ejecutiva de dicha pena*”.

También cabe plantearse si estamos ante una medida de seguridad. Desde la reforma del CP por LO 15/2003, esta postura tiene el gran apoyo de que el legislador incluye la medida en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad del art. 96 CP. En este sentido se ha pronunciado Sánchez Melgar¹⁰, que defiende que “*no se trata propiamente de una sustitución de penas, al no existir efecto novatorio alguno, sino que lo que se sustituye es la misma ejecución de la pena que se cambia*

⁶ ATC 106/1997, de 17 de abril (ECLI:ES:TC:1997:106A), FJ 2

⁷ E. Solaz Solaz, “La sustitución de la pena por la expulsión de extranjeros en el proceso penal”, *La Ley Penal*, N° 144, Sección Legislación aplicada a la práctica, Mayo-Junio 2020, p. 3; O. Jiménez Moriano, *La sustitución y la suspensión de las penas*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2022, p. 184

⁸ STC 242/1994, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:1994:242), FJ 4

⁹ F.J. Izquierdo Escudero, “Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-288, tomo 5, 1997, p. 3

¹⁰ J. Sánchez Melgar, “La LO 1/2015, de Reforma del Código Penal en materia de expulsión sustitutiva de la pena. Art. 89 CP”, *Jornadas de Fiscales especialistas de Extranjería*, Centro de Estudios Jurídicos, 2015, citado en N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica para las expulsiones judiciales sustitutivas del artículo 89 del Código Penal”, *Diario La Ley*, N° 9639, Sección Doctrina, 25 de mayo de 2020, p. 1

por la expulsión del extranjero del territorio nacional”. El Tribunal Supremo, por su parte, ha acudido también al art. 96 CP en varias resoluciones¹¹, para defender la tesis de la naturaleza de medida de seguridad. Pese al apoyo expreso del legislador y de parte de la jurisprudencia, esta postura tiene sus inconvenientes. Por un lado, está el hecho de que la expulsión sería una medida de seguridad bastante distinta de las demás, al no fundamentarse en la peligrosidad del autor¹², en contra de lo que establece el art. 6 CP. Por otro lado, el argumento ex art. 96 CP tiene ahora el problema de que no ha cambiado la redacción de dicho artículo con la LO 1/2015¹³, de modo que sigue haciendo referencia a la expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España mientras que, a raíz de dicha Ley, el art. 89 CP es también aplicable a los extranjeros residentes legalmente en nuestro país (como tendremos ocasión de ver en el apartado 4 de este trabajo). Creo que se debe achacar esta divergencia, no a una decisión consciente, sino a un olvido del legislador (que debió haber acompañado la reforma del artículo 89 CP de una del artículo 96, para que los términos de ambos artículos concordaran). Por tanto, creo que se debe rechazar la tesis, que recoge algún autor¹⁴, de que, desde la LO 1/2015, la expulsión tiene naturaleza de medida de seguridad si se expulsa a un residente legal en España y otra naturaleza distinta si se expulsa a un residente legal.

Otra opción es considerar que estamos ante un sustitutivo penal. La Fiscalía General del Estado (FGE)¹⁵ habla de “*medida sustitutiva de la pena de prisión por la que se restringen los derechos a entrar, residir o transitar por territorio nacional para favorecer la realización de los fines de la política inmigratoria que corresponde al Gobierno*”, mientras que Plasencia Domínguez¹⁶ prefiere hablar de “*forma sustitutiva de ejecución de la pena de prisión*”. Esta postura tiene a su favor la ubicación sistemática del artículo 89 en el Código: dentro del Libro I, Título III, es el único artículo (tras la reforma por LO 1/2015, que suprimió el artículo 88) de la Sección 2ª del Capítulo III, titulada “*de la sustitución de las penas privativas de libertad*”. El Capítulo que la engloba trata, a su vez, “*de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional*”. En contra de esta tesis, tenemos a Sánchez Melgar, en el texto citado en la página anterior¹⁷.

¹¹ SSTS 901/2004, de 8 de julio (ECLI:ES:TS:2004:4932) y 483/2016, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2731), entre otras

¹² E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 4

¹³ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

¹⁴ O. Jiménez Moriano, *La sustitución...*, *op. cit.*, pp. 184-185

¹⁵ Fiscalía General del Estado, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por LO 1/2015*, p. 1

¹⁶ N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, p. 1

¹⁷ J. Sánchez Melgar, “La LO 1/2015...”, *op. cit.*, citado en N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, p. 1

Hay incluso quien postula que la naturaleza de esta medida no debe buscarse en el ámbito de la dogmática penal, porque no se trataría de una medida penal, sino de una sanción administrativa, trasladada al Derecho Penal sin apenas adaptarla a las exigencias de este¹⁸.

La dificultad de encuadrar fácilmente esta medida en las categorías dogmáticas o legales ha llevado incluso a que alguna resolución del TS¹⁹ la conceptúe como un “*cuerpo extraño en el esquema legalmente establecido para sancionar conductas delictivas*”. Independientemente de la postura que adoptemos, está claro que no es sencillo encajar cómodamente la expulsión del 89 CP en una categoría jurídica definida. Gran parte de esta dificultad, a mi entender, viene del hecho, ya mencionado en la introducción a este trabajo, de que es una medida que puede resultar gravosa o beneficiosa según el caso. Lo que para una persona puede ser un gran beneficio, que permite evitar el cumplimiento de una pena de prisión, para otra puede ser algo más gravoso que el ingreso en prisión. Ante esto, es lógico que la naturaleza jurídica de la expulsión sea esquivada.

3. Presupuestos objetivos de la medida:

Para poder aplicar la medida de sustitución de la pena por expulsión del territorio nacional, deben concurrir una serie de presupuestos objetivos, relativos al delito cometido y a la pena que se sustituye. En concreto, pueden agruparse en tres categorías:

a) Según la naturaleza de la pena:

La sustitución sólo es posible cuando se trata de penas de prisión. Esto contrasta con la redacción del 89 CP anterior a su reforma por LO 1/2015, que se refería a penas privativas de libertad. Bajo esa redacción se admitía la sustitución de otras penas privativas de libertad distintas de la de prisión, como la de localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa²⁰.

De conformidad con la nueva regulación, no pueden ser sustituidas las penas no privativas de libertad (penas privativas de otros derechos y penas de multa, conforme al art. 32 CP) ni las penas privativas de libertad distintas de la de prisión, conforme al art. 35 CP. En base a esto último quedan claramente excluidas la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (respecto de las que, como he dicho, anteriormente cabía la sustitución).

¹⁸ M. del V. Sierra López, “Algunas cuestiones en relación con la expulsión del extranjero del territorio nacional como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo”, en J. Del-Carpio-Delgado y P. García Álvarez, *Derecho Penal: La Espada y el Escudo de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 222

¹⁹ STS 1231/2006, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:7992)

²⁰ Contemplaba dicha posibilidad la Fiscalía General del Estado en su *Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración*, p. 65

Mención aparte merece la pena de prisión permanente revisable (PPR). No está claro si cabe sustituirla por expulsión conforme al 89 CP. Aunque el tenor literal del artículo 35 CP la considera una pena distinta de la pena de prisión (por lo que no cabría la sustitución), también podría considerarse que es una pena de prisión, a pesar de sus características especiales, respecto de la que sí cabe la sustitución.

De admitirse la posibilidad de la sustitución, debería regirse por el régimen del 89.2 CP, previsto para penas de más de 5 años, por lo que cabría acordar el cumplimiento parcial o total de la pena de prisión antes de la expulsión (véase al respecto el apartado 6 de este trabajo). Plasencia Domínguez²¹, que sí admite la sustitución respecto de la PPR, afirma que sólo cabría la expulsión parcial, fijando el tribunal una parte de la condena a cumplir. Estoy en desacuerdo. Creo, como Solaz Solaz²², que, de admitirse la sustitución de la PPR, sólo podría hacerse acordando la ejecución total de la pena, por el simple hecho de que es imposible acordar la ejecución de parte de una pena que, en tanto que perpetua, es indivisible. De este modo, la única posibilidad sería acordar la ejecución total de la pena, y sustituirla por la expulsión del territorio nacional si se accediera al tercer grado o se concediera la libertad condicional, posibilidad que sí cabe en la PPR (véanse los artículos 78 bis y 92 CP). Todo esto, por supuesto, si se admite la aplicabilidad del 89 CP a la PPR, algo que no está para nada claro.

b) Según la cuantía de la pena:

En términos generales, la sustitución se aplica a penas de prisión de más de un año (89.1 CP) aunque, como vamos a ver, habrá diferencias en el régimen aplicable según cuál sea la cuantía de la pena (estableciéndose tres tramos con consecuencias distintas).

La primera duda que surge es si, cuando hablamos de penas, nos referimos a la pena en concreto o a la pena en abstracto. Es decir, si debemos atender a la pena efectivamente impuesta o a la abstractamente prevista para el delito en cuestión. Esta cuestión ya había sido zanjada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS²³ para un supuesto muy similar: el del artículo 57.2 LOEX, que trata sobre la expulsión administrativa de extranjeros condenados por “*conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año*”. En esa sentencia, el TS apoya la tesis de la pena en abstracto, si bien con la precisión de que todo el rango de la pena en abstracto debe ser superior al año de prisión (es decir, solo es aplicable el 57.2 LOEX ante delitos con pena cuyo límite inferior supere el año). Además, dos votos particulares a dicha sentencia defienden la tesis de la pena en concreto.

²¹ N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, p. 9

²² E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 6

²³ STS 893/2018, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2018:2041)

La postura del TS respecto al 57.2 LOEX es relevante, porque el Preámbulo a la LO 1/2015, por la que se adoptó la redacción actual del art. 89 CP, establece que *“se ajusta el límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería”*. Parecería entonces que el legislador quiere establecer coherencia entre la legislación penal y la de extranjería en este respecto, por lo que debería adoptarse el criterio del TS sobre el 57.2 LOEX para el 89 CP. Sin embargo, lo cierto es que aún cabe defender la tesis de la pena en concreto para el 89 CP, puesto que los términos que emplea son distintos de los del 57.2 LOEX. Mientras que el citado artículo de la Ley de extranjería habla de *“conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año”*, el 89 CP habla de *“penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero”*. Estos términos son mucho más favorables a la tesis de la pena en concreto, pues se refieren a la pena (efectivamente) impuesta, en vez de a un delito sancionado con determinada pena.

Así lo ha entendido la Sala 2ª del TS en dos resoluciones recientes²⁴, en base, no solo a los términos del art. 89.1 CP, sino a la afirmación del TJCE (actual TJUE) de que *“las medidas de orden público o de seguridad pública, para estar justificadas, deberán basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, y no podrán acogerse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general”*²⁵. Para basarse en la conducta personal del interesado y en el caso concreto, es mucho más adecuado atender a la pena en concreto

En resumen, para el artículo 89 CP, se debe tener en cuenta la pena en concreto, en base a los términos de ese artículo, que difieren de los del 57.2 LOEX. Esta tesis cuenta ahora con el apoyo de la Sala 2ª del TS. También la apoyan la FGE²⁶, y varios autores²⁷, si bien Jiménez Moriano afirma erróneamente que el TS, en la resolución comentada de la Sala 3ª, se inclina por la tesis de la pena en concreto

Aclarada esa cuestión, procede pasar a exponer los tres tramos que establece el artículo en base a la extensión de la pena²⁸. Sobre el régimen jurídico de dos de esos tramos se abundará en el apartado 6 de este trabajo, puesto que para su comprensión es importante haber expuesto el concepto de *“necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”* de los arts. 89.1 y 89.2 CP, que se verá en el apartado 5. De momento, solo expondremos cuál de los tramos corresponde aplicar en cada caso. Son los siguientes:

²⁴ SSTS 233/2020, de 26 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1600) y 368/2020, de 2 julio (ECLI:ES:TS:2020:2161)

²⁵ STJCE de 10 de julio de 2008, C-33/07, *Jipa*

²⁶ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 4.

²⁷ O. Jiménez Moriano, *La sustitución...*, *op. cit.*, pp. 190-191; N. Plasencia Domínguez, *“Guía Práctica...”*, *op. cit.*, p. 7;

E. Solaz Solaz, *“La sustitución...”*, *op. cit.*, p. 6

²⁸ Sistemática establecida por O. Jiménez Moriano, *La sustitución...*, *op. cit.*, p. 189

1. Penas de prisión de hasta 1 año:

Como hemos visto, no cabe sustituir por expulsión penas de hasta 1 año, debiéndose tomar como referencia la pena impuesta en concreto.

2. Penas de prisión de más de 1 año (1 año y 1 día) hasta 5 años:

A este tramo se refiere el 89.1 CP. Para situarnos en él, tiene que haberse condenado al extranjero a una pena (en concreto) de más de 1 año de prisión. Surge la cuestión de qué ocurriría si se han impuesto varias penas. La opinión de la Fiscalía General del Estado²⁹ es compartida por buena parte de la doctrina³⁰: si se han impuesto varias penas, todas ellas superiores a 1 año, no hay, obviamente, problema en sustituirlas todas por la expulsión. Si se han impuesto varias penas, alguna de las cuales superior a 1 año, lo lógico es que se puedan sustituir todas ellas por la expulsión, pues lo contrario implicaría *“que la renuncia al ejercicio del ius puniendi afecte solo a las penas de más entidad”*. Deben sustituirse en ese supuesto todas las penas por la expulsión, pues, si quedara alguna pena sin sustituir, la expulsión no sería efectiva. Por el mismo motivo, cabe sustituir por expulsión una pena de prisión superior a 1 año cuando concurre con penas de otra naturaleza. El supuesto más polémico es aquel en el que se imponen varias penas, ninguna de ellas superior a 1 año de prisión, pero que sumadas sí superarían el año. La FGE entiende que no cabe sumar las penas y que, por tanto, no procede la sustitución por expulsión. Lo hace en base a una interpretación literal del 89.1 CP (entendiendo que la expresión *“penas de prisión de más de un año”* implica que todas y cada una de las penas deben ser superiores al año) y sistemática (porque cuando el legislador quiere permitir la suma de penas lo hace expresamente, como es el caso del artículo 80.2.2ª y del 89.2 CP, al que me referiré a continuación).

3. Una pena de prisión de más de 5 años, o varias penas que excedieran esa duración:

A este tramo se refiere el 89.2 CP. En él, no se da la polémica que se da en el tramo anterior, puesto que aquí el legislador contempla expresamente la posibilidad de sumar penas, al referirse a una pena de prisión de más de 5 años, *“o varias penas que excedieran esa duración”*. Jiménez Moriano³¹ pone de manifiesto que hay dos formas de interpretar este último inciso: una mayoritaria, según la cual cabe sustituir por expulsión varias penas, cada una de ellas inferior a 5 años de prisión, pero que sumadas superan esa cifra; otra minoritaria, según la cual el Código alude a varias penas, cada una de ellas superior a 5 años. Me inclino por la postura mayoritaria puesto que, si se siguiera la interpretación

²⁹ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, pp. 4-5

³⁰ J.C. Hernández Oliveros, “La expulsión de cada vez más ciudadanos extranjeros implicados en hechos delictivos”, *La Ley Penal*, N° 138, Sección Legislación aplicada a la práctica, Mayo-Junio 2019, p. 10; N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, p.8

³¹ O. Jiménez Moriano, *La sustitución...*, *op. cit.*, p. 191

minoritaria, el inciso valdría de bien poco: trasladando a este ámbito lo que dice la FGE para las penas de entre 1 año y 1 día y 5 años, la expulsión “*para ser efectiva habrá de abarcar a todas las penas de prisión impuestas en la sentencia*”³². Si se sustituyera por expulsión solo una pena de prisión de más de 5 años y se dejaran las otras penas de más de 5 años sin sustituir, la expulsión no sería efectiva.

Tanto en el tramo de penas de más de 1 año hasta 5 años como en el de más de 5 años cabe sustituir la pena de prisión por expulsión. Sin embargo, el régimen es distinto según el tramo en el que nos situemos, pues en un caso será aplicable el 89.1 CP y en el otro el 89.2 CP. Sobre ello se tratará en el apartado 6 de este trabajo.

c) Según la clase de delito:

Por un lado, el art. 89.9 CP establece 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*”. Se trata de los delitos³³ de trata de seres humanos (177 bis CP), tráfico ilegal de mano de obra, (312 CP) favorecimiento de la emigración ilegal (313 CP) y contra los derechos de ciudadanos extranjeros (318 bis CP, a los que Plasencia Domínguez llama “tráfico ilícito de migrantes”).

El fundamento de que las penas por estos delitos no puedan ser sustituidas por la expulsión es discutido. Plasencia Domínguez³⁴ lo ve en que con ellos se utiliza o causa un perjuicio a ciudadanos extranjeros, a lo que se suma, para el delito de trata de seres humanos, ser un delito “*que atenta contra los derechos más elementales del ser humano, convirtiéndolo en simple mercancía*”. Solaz Solaz³⁵ lo ve más bien en el hecho de que son delitos que conllevan entradas y salidas del territorio nacional. En estos casos, a menudo, la expulsión podría suponer un beneficio para el autor extranjero, que le permitiría seguir realizando sus actividades delictivas en otro país.

Yo creo que Solaz Solaz apunta en la dirección correcta al poner el énfasis en la dimensión transnacional de estos delitos, que suponen entradas y salidas de personas del territorio nacional. En esta coyuntura, es fácil pensar que, en la mayoría de casos, para el autor extranjero de esta clase de delitos la expulsión sustitutiva sería un enorme beneficio que le garantizaría en la práctica la impunidad. Esto no deja de ser una manifestación de lo ya apuntado en la introducción a este trabajo: la expulsión puede ser beneficiosa o perjudicial para el reo según el caso. Imaginemos un ejemplo: un individuo se dedica a la trata y es detenido llevando a sus víctimas de un país a otro, utilizando el territorio español como territorio de tránsito. Este delito sería perseguible en España, ya que el art. 177

³² FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 4

³³ Las denominaciones que no se toman del Código se toman de Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, p. 7

³⁴ N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, p. 7

³⁵ E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 7

bis CP no exige que la trata tenga punto de partida o destino en nuestro país. Si se sustituyera la pena de prisión por expulsión del territorio nacional, el delincuente quedaría totalmente impune, libre para seguir realizando sus actividades delictivas, si acaso evitando España y centrándose en otros países. Está claro que, en casos como estos, concurriría la necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito que se recoge en el art. 89 CP, y a la que haremos referencia en el apartado 5 de este trabajo. En base a eso, ya resultara aplicable el art. 89.1 o el 89.2 CP, no cabría sustituir toda la pena de prisión por expulsión (véase apartado 6 de este trabajo), sino que habría que acordar su cumplimiento, total o parcial según el caso.

Pues bien, ante situaciones así, mi tesis es que el legislador prefiere no dejar en manos de los tribunales la apreciación de si concurre la necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito y, en su lugar, establece una presunción iuris et de iure de que sí concurre. En vez de que se tenga que determinar en cada caso si se da eso que llamaremos excepción relativa o de orden político-criminal, el legislador selecciona una serie de delitos en los que es tan probable que se dé, que procede presumirlo en todo caso, sin posibilidad de prueba en contrario. Y ello para evitar el riesgo de impunidad que habría si se sustituyese la pena de prisión por expulsión. Además, lo hace con una peculiaridad: mientras que, en general, cuando se da la excepción relativa, cabe que se ordene el cumplimiento total o parcial de la pena de prisión, seguido de la expulsión del territorio nacional, cuando se cumpla la parte de la pena que se haya fijado, se acceda al tercer grado o se conceda la libertad condicional (véase apartado 6 de este trabajo y arts. 89.1 y 89.2 CP), tratándose de estos delitos, el legislador establece que las penas de prisión no serán sustituidas en ningún caso: se cumplirá la pena de prisión íntegramente, sin sustituirla por expulsión.

Por otro lado, la sustitución cabe para delitos dolosos e imprudentes, como pone de relieve Solaz Solaz³⁶, destacando también que el CGPJ recomendó excluir los imprudentes en su Informe al Anteproyecto de reforma del CP³⁷.

4. Presupuestos subjetivos de la medida:

Para poder sustituir la pena de prisión por expulsión del territorio nacional, no solo tienen que darse requisitos relativos a la pena y al delito, sino también al propio sujeto al que se expulsa. Hasta la reforma del art. 89 CP por LO 1/2015, el sujeto susceptible de ser expulsado era exclusivamente el extranjero no residente legalmente en España. La reforma supuso un cambio de paradigma: ya no se exige ausencia de residencia legal, y la sustitución es aplicable a cualquier extranjero, sin restricción

³⁶ E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 6

³⁷ Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, firmado el 17 de diciembre de 2013, p. 102

(aunque no sin distinción, como veremos en el apartado 7). Al final de este apartado ahondaremos en este concepto de extranjero. Ahora procede hacer un somero análisis sobre el enorme cambio que ha supuesto la reforma de 2015 en esta materia.

El Preámbulo de la LO 1/2015 guarda silencio en torno a los motivos que han llevado al cambio, lo que ha dejado vía libre a la especulación sobre las intenciones del legislador. No han faltado las voces críticas, como Hernández Oliveros³⁸, que ha puesto de manifiesto la tendencia en la evolución legislativa de este artículo a ampliar el ámbito de aplicación objetivo (en el cual, como hemos visto, no hay realmente una tendencia lineal, como muestra la limitación de la medida, tras la reforma de 2015, a las penas de prisión, excluyendo otras penas privativas de libertad) y subjetivo (en el cual sí se puede apreciar la gran ampliación que ha supuesto el hecho de que ahora quepa expulsar a extranjeros con residencia legal). Leganés Gómez³⁹ critica también que se rompa con la igualdad de trato, dado el tratamiento notablemente distinto que recibirán los extranjeros (residentes legales o no) y los ciudadanos españoles, ante unos mismos hechos delictivos. Este autor critica la instrumentalización del proceso penal, convertido, según él, en vehículo de las políticas de extranjería. Como he defendido en la introducción a este trabajo, no creo que el problema esté en que se quiera que el Derecho Penal sirva a las políticas de extranjería. Es legítimo que el Estado persiga en el ámbito penal sus fines de política criminal, penitenciaria o de extranjería. El problema hay que verlo cuando esos fines perjudican a principios clave del Derecho y del proceso penal. En ese sentido, para evitar que la expansión del ámbito subjetivo del artículo 89 CP produzca resultados injustos, se hace más necesario que nunca huir del automatismo en la aplicación de la medida de sustitución por expulsión. Dado que ahora esta medida es aplicable a muchas más personas (lo que dará lugar a una tipología de casos mucho más diversa), es más importante si cabe atender a las circunstancias particulares de cada una de ellas, conforme al principio de proporcionalidad. Sobre ello tendré ocasión de tratar en el siguiente apartado de este trabajo.

También es criticable la falta de coherencia sistemática que se aprecia con este cambio, que no ha tenido su equivalente en otros lugares del Código. Ya hemos tenido ocasión de ver que la reforma del artículo 89 CP no se ha acompañado de una reforma paralela en el catálogo de medidas de seguridad del 96 CP, de modo que este artículo sigue refiriéndose a “*la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España*”. Además, en lo relativo a la sustitución de medidas de seguridad por expulsión del 108 CP (que, como dije, queda fuera del enfoque de este trabajo), se sigue exigiendo que el extranjero sea “*extranjero no residente legalmente en España*”. Como el

³⁸ J.C. Hernández Oliveros, “La expulsión...”, *op. cit.*, p. 5

³⁹ S. Leganés Gómez, “La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015”, *Diario La Ley*, N° 8579, Sección Doctrina, 9 de julio de 2015, Ref. D-275, LA LEY, 2015, p. 3

legislador no ha explicado los motivos de la reforma, resulta difícil saber si el hecho de que estos artículos sigan refiriéndose a extranjeros sin residencia legal es algo intencionado, o si se debe a un mero descuido. Sobre ello he tratado algo en el apartado 2, al hablar de la naturaleza jurídica, pero lo cierto es que no es posible dar una respuesta satisfactoria.

Dejando ahora de lado la discusión sobre los motivos y consecuencias del hecho de que ya no se exija ausencia de residencia legal, procede desarrollar un poco más el concepto de “extranjero”, puesto que este es el sujeto básico sobre el que se aplicará el 89 CP. Sobre las distintas clases de extranjeros y sus especialidades se tratará en el apartado 7 de este trabajo. De momento, me centraré en el concepto básico de extranjero. Con “extranjero” se designa a un heterogéneo colectivo delimitado de manera negativa, como aquel grupo de personas que no son españolas (como ha puesto de manifiesto la Fiscalía General del Estado⁴⁰, con cuya opinión están de acuerdo varios autores⁴¹). La FGE expone brevemente los distintos métodos de adquisición de la nacionalidad española en nuestro Código Civil. En el marco de este trabajo creo que no es necesario reproducir esa exposición, bastando la referencia a la Circular (y la consulta de cualquier manual de Derecho Civil). Simplemente téngase en cuenta que cualquier método de adquisición de la nacionalidad española (originaria o derivativa) es igual de válido para ser considerado español a estos efectos, incluidas las situaciones de doble nacionalidad de ciudadanos de países iberoamericanos o de otros países con especial vinculación con España (Portugal, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial), así como de los sefardíes (lo que está en consonancia con la posición favorable a la doble nacionalidad que adopta el artículo 22.3 de la Constitución). También hace referencia la Fiscalía en su Circular a las personas a las que se presume españolas por haber nacido en España de padres nacidos en España, mientras no se demuestre que sus padres son extranjeros, en base al artículo 69 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Se les presume españolas también a estos efectos, por lo que no podrán ser expulsadas.

La FGE⁴² también ha aclarado la cuestión de los medios de prueba de la nacionalidad española. El principal y más evidente medio de prueba será el Documento Nacional de Identidad (DNI), conforme al valor probatorio (de acreditar por sí solo los datos que contiene) que le dan las Leyes administrativas (art. 8 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana) y la LECrim, en su regulación del procedimiento abreviado (art. 762, 7^a). Sin embargo, no es el único medio de prueba posible. En ausencia de DNI, caben cualesquiera otros medios, en consonancia con la legislación procesal penal en materia de comprobación de la identidad del delincuente (artículo 373 y siguientes LECrim). Destaca la FGE la marcada importancia del Registro Civil en esta materia: podrá haber

⁴⁰ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, pp. 2-3

⁴¹ O. Jiménez Moriano, *La sustitución...*, *op. cit.*, p. 186; E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 5

⁴² FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 3

personas que no tengan DNI, pero que figuren inscritas en el Registro Civil, de modo que el Registro permita hacer prueba plena de los datos inscritos en él (art. 17.1 de la Ley del Registro civil).

La impresión que puede surgir en el lector del artículo 89 CP, a la luz de lo visto sobre los presupuestos objetivos y subjetivos de la expulsión, es que estamos ante una medida de muy fácil aplicación y de enormes consecuencias para el reo. Procede matizar esta impresión. Es verdad que, desde la reforma de 2015, cabe expulsar a cualquier ciudadano extranjero condenado a penas de más de un año de prisión. Ahora bien, esta expulsión no va a tener lugar siempre que se den esos presupuestos.

Por un lado, la aparente imperatividad de la expulsión tiene importantes excepciones, que permiten que no se caiga en el automatismo. Entre otras cosas, el artículo 89.4 CP se refiere al arraigo, como criterio particularmente relevante para determinar si una expulsión no debe llevarse a cabo por desproporcionada. Es cierto que, como defenderé más adelante, no puede considerarse que todo ciudadano extranjero con residencia legal en España esté arraigado en nuestro país (no se puede ignorar que el legislador ha querido que se pueda expulsar también, en ciertos casos, a extranjeros con residencia legal). Pero no es menos cierto que la residencia legal será un factor relevante, si bien no decisivo, de cara a apreciar si hay arraigo o no. Por otro lado, hay ciertos grupos de extranjeros (muy señaladamente, los ciudadanos de la Unión Europea) para los que existe un régimen especial, en el que en los requisitos para la expulsión son más estrictos. Sobre estas materias se tratará en los apartados 5 y 7 de este trabajo, pero se debe tener en cuenta también en este momento de la exposición.

5. Aparente imperatividad de la medida. Excepciones a la misma:

a) Aparente imperatividad de la medida:

Como he apuntado en la introducción, el artículo 89 CP ha ido oscilando en su redacción entre dos polos: de un lado, el automatismo (aplicación automática de la expulsión cuando se dan los requisitos previstos en la ley) y, de otro, la obligación de atender a las circunstancias concretas del caso y del sujeto. Dentro de este segundo polo, también surge la cuestión de si los criterios para atender a las circunstancias concretas deberían estar recogidos más o menos detalladamente por la ley, o si se debería dejar al arbitrio judicial el adaptar la medida a los hechos que se vayan presentando. La redacción actual estaría en un punto intermedio: ni se establece un automatismo ciego, ni se deja la decisión totalmente en manos de Jueces y Tribunales. Leganés Gómez⁴³ critica lo que considera un *“margen de discrecionalidad del Juez o Tribunal demasiado elevado”*, por entender que el legislador abusa de los conceptos jurídicos indeterminados, lo que puede desembocar en tratos desiguales según

⁴³ S. Leganés Gómez, “La expulsión...”, *op. cit.*, p.5

lo que decida cada Juez o Magistrado, con merma de los principios de seguridad jurídica, igualdad, legalidad y taxatividad. Si bien es cierto que el legislador se sirve de conceptos jurídicos indeterminados (*“defensa del orden jurídico”, “confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”* o *“arraigo”* son algunos de ellos, de los que me ocuparé más adelante), no creo que esto sea algo necesariamente negativo. Por un lado, la amplitud de estos conceptos permite adaptarse a la situación concreta mejor que unos criterios muy estrictos fijados de antemano por el legislador. Por otro lado, jurisprudencia y doctrina se han encargado de explicar en qué consisten estos conceptos, de forma que su amplitud no llega a ser indeterminación. Sobre ello trataré más adelante.

Cuando digo que el 89 CP ha ido oscilando entre estos polos, se debe a que las sucesivas reformas del artículo han afectado especialmente a este asunto. La redacción original en el Código Penal de 1995 decía que *“podrán ser sustituidas”* las penas privativas de libertad por expulsión, sin fijar criterios sobre cuándo adoptar la decisión, dejando en manos de Jueces y Tribunales la aplicación o no de la medida. La LO 11/2003 supuso un cambio de paradigma, en cuanto establecía que *“serán sustituidas”* las penas privativas de libertad, *“salvo que el Juez/Tribunal, previa audiencia del MF, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie”* ciertas razones similares a las que nosotros veremos bajo el nombre de excepción relativa. Con esta reforma, dice Jiménez Moriano⁴⁴ que se produce un cambio de una *“facultad discrecional de primer grado”* del Juez o Tribunal a la *“obligatoriedad de la sustitución por expulsión como criterio general”*. El automatismo no era total, pero sí muchísimo mayor. La prueba es que la ley solo exigía motivar la decisión cuando se rechazase adoptar la expulsión, no siendo necesario cuando se adoptase. Con todo, este automatismo fue matizado por la jurisprudencia del TS y del TC. Un ejemplo de ello es la doctrina del TS⁴⁵, de la que se hizo eco el TC⁴⁶, que defendía la necesidad de hacer una lectura constitucional del artículo 89 CP, exigiendo, por ejemplo, el trámite de audiencia y la motivación de la decisión de expulsión en todos los supuestos de expulsión, aunque el texto del artículo no lo hiciera, de cara a evitar todo automatismo.

La reforma del artículo por LO 5/2010 suavizó de manera relevante la aplicación automática de la medida de la anterior redacción. Entre otras cosas, lo hizo suprimiendo la palabra *“excepcionalmente”*, (de modo que la no aplicación de la expulsión, si bien tenía que estar justificada, ya no era excepcional) y exigiendo expresamente audiencia del penado para la medida adoptada por auto posterior a la sentencia y para la sustitución parcial por expulsión. Según Jiménez Moriano, con esta reforma, *“la expulsión seguía siendo una opción preferente, más que obligatoria”*⁴⁷.

⁴⁴ O. Jiménez Moriano, *La sustitución...*, op. cit., p. 193

⁴⁵ Que se puede leer ya en la STS 901/2004, de 8 de julio (ECLI:ES:TS:2004:4932)

⁴⁶ ATC 180/2015, de 3 de noviembre (ECLI:ES:TC:2015:180^a)

⁴⁷ O. Jiménez Moriano, *La sustitución...*, op. cit., p. 194

La última reforma de este artículo por LO 1/2015 ahonda, según el TS⁴⁸, en la tendencia de la reforma de 2010, huyendo en todo caso del automatismo. Como se verá, aunque los artículos 89.1 y 89.2 CP sigan usando la expresión “*serán sustituidas*”, existen nuevos mecanismos (muchos de ellos recogidos por primera vez en el texto legal, pero que ya se venían exigiendo con anterioridad por la jurisprudencia) para atender a las circunstancias del caso concreto y del autor, y evitar que la expulsión actúe como medida automática.

Está claro que debe huirse del automatismo, y el motivo más evidente es uno al que ya se apuntaba en la introducción de este trabajo: el hecho de que la expulsión sustitutiva puede ser un enorme beneficio o un perjuicio (en comparación con el cumplimiento de la pena de prisión), en función de las circunstancias particulares del hecho y de su autor. Por tanto, una aplicación automática y ciega de la expulsión podría dar lugar a dos clases de resultados totalmente injustos: por un lado, podría suponer un beneficio enorme, rayano en la impunidad, para aquellas personas con nula vinculación con España, que evitarían así el ingreso en prisión; por otro lado, podría perjudicar a aquellas personas plenamente arraigadas en nuestro país, para las que sería mucho más deseable cumplir la pena de prisión y no ser expulsados del país donde tienen sus familias, trabajos, etc. El automatismo puede ser causa de ambas clases de resultados indeseables. En cuanto a los segundos, ha dicho el TS que, “*en argumento inspirado en el principio de igualdad ante la Ley, también se puede argumentar que la expulsión de los extranjeros de forma automática supone un tratamiento discriminatorio en favor de los extranjeros a los que les resultaría impune su delito en relación a los españoles, y, unido a ello, el efecto perverso que dicha expulsión automática puede tener por cuanto supone la gratuidad del primer delito con la consiguiente invitación a venir a España para delinquir, lo que constituye un factor criminógeno de primer orden*”⁴⁹. Para evitar estos efectos totalmente injustos, el legislador ha articulado las excepciones a la imperatividad de la medida de expulsión a las que me referiré.

Si huir del automatismo es siempre necesario, desde la reforma de 2015 la necesidad es más acuciante que nunca. Como he tenido ocasión de exponer en el apartado 4 de este trabajo, dicha reforma ha ampliado extraordinariamente el ámbito subjetivo de aplicación de la medida de expulsión, que ahora es aplicable a todo extranjero, no solo a aquellos sin residencia legal en España. La consecuencia es que ahora la tipología de casos y situaciones que pueden darse en el día a día de los tribunales es mucho más amplia y variada. Ante esa enorme variedad, es más importante que nunca que la expulsión sustitutiva no se convierta en un proceso mecánico, sino que haya suficiente margen de flexibilidad para adaptarse al caso concreto, y evitar con ello que se generen situaciones injustas.

⁴⁸ STS 368/2020 de 2 julio (ECLI:ES:TS:2020:2161), FD 4

⁴⁹ STS 166/2007, de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:1218)

Con esto en mente, procede analizar las excepciones a la aparente imperatividad de la medida que recoge ahora el Código, si bien se debe tener en cuenta que ya se venían aplicando en gran medida antes de la última reforma, gracias a la labor de la jurisprudencia.

b) Excepciones a la aparente imperatividad de la medida:

Para sistematizar estas excepciones, seguiré el criterio y la terminología de la FGE⁵⁰, que habla de dos excepciones: la excepción relativa (o de orden político-criminal) y la excepción absoluta. La excepción relativa recibe ese nombre porque no elimina totalmente la posibilidad de la expulsión, mientras que la absoluta sí lo hace. Los efectos de la excepción relativa los trataré en el apartado 6 de este trabajo. De momento, me centraré en explicar cuándo se aplican estas excepciones, partiendo de los conceptos jurídicos indeterminados que emplea el legislador para definirlos.

1. Excepción relativa o de orden político-criminal:

Me refiero a la “*necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito*” mencionada en los artículos 89.1 y 89.2 CP. Es decir, esta excepción puede aplicarse a todo supuesto de sustitución (penas de prisión de más de 1 año hasta 5 años y de más de 5 años), pero con efectos distintos según el caso. De momento, se debe aclarar el significado de la excepción, dejando para más tarde (apartado 6 del TFG) la explicación de sus efectos.

Se trata de una excepción muy vinculada a varias funciones de la pena, particularmente a la prevención general y especial. Siguiendo a Mir Puig⁵¹, cabe definir la prevención general como la “*prevención frente a la colectividad*”, y la prevención especial como la prevención frente a individuos determinados (de cara a evitar que vuelvan a delinquir). Dentro de la prevención general, cabe distinguir la prevención general negativa (intimidatoria o “*inhibitoria de la tendencia a delinquir*”) y positiva (“*afirmación positiva del Derecho Penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma o de una actitud de respeto por el Derecho*”)⁵².

Todas estas funciones están de fondo en la “*necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito*”. La mejor manera de explicarlo es dar la palabra al TS, según el cual “*en el caso de que se acordara la expulsión del penado de forma automática en tales supuestos de penas de cierta gravedad, no sólo se debilitaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (perspectiva de la prevención general negativa), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y*

⁵⁰ FGE, Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, *op. cit.*, p. 5

⁵¹ S. Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2015 88-91

⁵² S. Mir Puig, *Derecho Penal... op. cit.*, p. 88-91

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)”⁵³, a lo que en una resolución posterior añadió que esa sensación de impunidad y desprotección “desincentivaría los fines de prevención especial en cuanto banalizador de la pena cuando ésta dimanara de comportamientos graves”⁵⁴.

Un ejemplo prototípico de cuándo sería necesario el cumplimiento (al menos parcial) de la pena de prisión lo da Hernández Oliveros⁵⁵, siendo un caso muy común en la Sección de Algeciras de la Audiencia de Cádiz, de la que él es magistrado. Se trata de personas subsaharianas indocumentadas que cruzan el estrecho para llegar a las playas de Algeciras, hacer un alijo de droga y volver a su país. En un caso así, sustituir toda la pena de prisión por expulsión del territorio nacional sería nada menos que hacer un favor al delincuente, facilitándole los medios de transporte para regresar a su país.

Los conceptos de “necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico” y de “necesidad de restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito” son ciertamente muy cercanos, y es complicado imaginar casos en los que se dé uno sin darse el otro. Aun así, la FGE⁵⁶ hace un notable esfuerzo por distinguirlos. La necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico tendría que ver con “impedir que se produzca el desarme del Derecho Penal mediante la devaluación de los mecanismos de defensa del mismo, entre los que se encuentra, evidentemente, la pena”, mientras que la necesidad de restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito tiene más que ver con “evitar la sensación de impunidad que podría instalarse en el conjunto de la sociedad si la expulsión se convierte en una suerte de burladero de la Ley penal” (pensemos en el ejemplo del alijo en Algeciras: el automatismo convertiría la expulsión en un burladero de la ley penal). En ambos casos, la relación con la prevención general y especial es clara, y la clave es evitar la aplicación automática de la expulsión. La Fiscalía recoge a continuación una lista de delitos⁵⁷ para los que, por su especial gravedad, considera que no procede sustituir la pena de prisión por expulsión, al menos en su totalidad. Ahora bien, lo hace con la evidente cautela de que “es obligada la valoración singularizada de cada supuesto”, siendo dicha lista el mínimo común para la actuación de todos los fiscales. Eso es lo que no se debe perder de vista: se trata de adaptarse siempre a las circunstancias concretas, no de fijar una lista exhaustiva de supuestos en los que aplicar la excepción relativa.

2. Excepción absoluta: principio de proporcionalidad. Especial referencia al arraigo:

⁵³ STS 132/2014, de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:646)

⁵⁴ STS 164/2018, de 6 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1375)

⁵⁵ J.C. Hernández Oliveros, “La expulsión...”, *op. cit.*, p. 4

⁵⁶ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 6

⁵⁷ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 6

“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 desproporcionada” (89.4, 1er párrafo CP)

La excepción absoluta, contemplada en el párrafo recién citado, plasma el principio de proporcionalidad en este ámbito. Se aplica a todo supuesto de sustitución (ya sea aplicable el 89.1 o el 89.2 CP), de modo que no cabrá sustituir la pena de prisión por expulsión, ni total ni parcialmente. Todo ello en consonancia con el Preámbulo de la LO 1/2015, según el cual *“la sustitución se condiciona, en todos los casos, a la proporcionalidad de la medida”*. El principio de proporcionalidad, aunque no se formula expresamente en la Constitución, sí que puede derivarse de la misma (en base al artículo 1, que fija la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, y a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3), tal y como ha dejado claro el TS⁵⁸.

Como ha puesto de manifiesto Solaz Solaz⁵⁹, la previsión del legislador en el 89.4 CP no supone una verdadera novedad, sino que viene a dar cobertura a tendencias jurisprudenciales de nuestro TS y TC, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuya jurisprudencia en esta materia es abundante, dada su incidencia en el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del CEDH, sobre todo en relación con el arraigo, ya que, como ha dicho la FGE, *“el arraigo personal del extranjero, además, compromete derechos del más alto rango, como el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE y el derecho a la vida privada y familiar en la formulación del art. 8 CEDH, de los que no puede ser privado sin una sólida justificación”*⁶⁰.

Así pues, conforme al artículo 89.4 CP, procede tener en cuenta las *“circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España”*, para evaluar la proporcionalidad de la medida de expulsión. Así lo ha confirmado el TS, que ha dicho que el artículo 89 CP, ya desde antes de su reforma por LO 1/2015 (pero con más razón aún tras ella), obliga *“a un examen individualizado del caso, tomando en consideración las concretas circunstancias del penado, su 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 y también en atención a las circunstancias de los hechos en relación con los fines del proceso”*⁶¹. En palabras del Tribunal Supremo en varias sentencias, *“la expulsión debe ser siempre una medida proporcionada. Se trata de una decisión en la*

⁵⁸ STS 442/2011, de 9 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:3364), entre otras

⁵⁹ E. Solaz Solaz, *“La sustitución...”*, *op. cit.*, p. 9

⁶⁰ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 7

⁶¹ STS 368/2020, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2161)

que deben ponderarse los intereses y derechos en juego, entre los que se encuentran las concretas circunstancias personales y de arraigo del penado”⁶².

Las circunstancias del hecho a tener en cuenta son, según la FGE⁶³, la gravedad del delito y la relevancia de los bienes jurídicos a los que afecta. Esto concuerda con la afirmación del TS en la sentencia recién citada de que los hechos deben considerarse en relación con los fines del proceso (protección de bienes jurídicos, prevención general y especial...). Opina la Fiscalía en su Circular que *“cuando el delito afecte de modo grave a la seguridad interior o exterior del Estado, y genere un sentimiento de inseguridad y zozobra en la población, pudiera no ser desproporcionada la expulsión sustitutiva del ciudadano extranjero, aunque hubiera acreditado una situación de arraigo personal*”⁶⁴.

En cuanto a las circunstancias personales del autor, la principal es el arraigo, al que me referiré en detalle a continuación, por su especial importancia. Otra circunstancia personal a tener en cuenta es, según la Fiscalía General del Estado, *“el riesgo actual de que el extranjero sometido a expulsión pueda quebrantar el orden o seguridad pública*”⁶⁵. La Fiscalía recoge además la doctrina del TEDH sobre la valoración de ese riesgo, que no puede ser arbitraria, sino que debe basarse en el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y en el comportamiento observado durante el mismo.

Procede detenerse ahora en un análisis del concepto de arraigo, dada su especial importancia en la aplicación de la excepción absoluta de la que estamos tratando. Como hemos dicho, el arraigo afecta a derechos clave, como el derecho constitucional a la intimidad personal y familiar (18.1 CE) y el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH. El Tribunal Supremo⁶⁶ habla del arraigo como *“criterio rector prioritario”* para decidir sobre la proporcionalidad de la expulsión. Desde luego, su importancia es capital y, en consonancia, el legislador ordena tenerlo particularmente en cuenta.

Lo primero que hay que tener en cuenta a la hora de caracterizar el arraigo es que no se puede considerar que un extranjero no está arraigado en España por el mero hecho de que haya delinuido. Una interpretación del arraigo que negara su presencia cuando no ha sido suficiente para “evitar” que el extranjero delinca es inasumible, porque haría que jamás pudiera apreciarse arraigo en los casos del 89 CP, en los que siempre se trata de extranjeros condenados por delitos. Por tanto, resultaría absurdo

⁶² SSTS 344/2021 de 26 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1698), 213/2021 de 10 marzo (ECLI:ES:TS:2021:900) o 368/2020, de 2 julio (ECLI:ES:TS:2020:2161)

⁶³ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 10. En el mismo sentido, E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 11

⁶⁴ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 10

⁶⁵ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 10

⁶⁶ STS 409/2016, de 12 de mayo (ECLI:ES:TS:2016:2033)

el mandato del legislador de tener en cuenta el arraigo para valorar la proporcionalidad de la expulsión. Así lo ha considerado también el Tribunal Supremo⁶⁷.

Ahora bien, lo anterior no impide que se tengan en cuenta las consecuencias de la comisión del delito sobre el arraigo. El caso prototípico es el de la STS 368/2020, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2161). El extranjero, condenado por tentativa de asesinato y por malos tratos habituales contra su exmujer, pierde a raíz de esa condena su trabajo y la patria potestad sobre sus hijas (además de prohibírsele cualquier tipo de visita). Por tanto, indica el TS, *“el vínculo familiar ha desaparecido, como también su vinculación laboral con España”*. Ya no procede tener en cuenta su arraigo laboral ni familiar, pero no porque el mero hecho de cometer el delito haga que no se le considere arraigado en nuestro país, sino porque, a raíz de la comisión de los hechos delictivos, ha perdido el arraigo, al romperse los vínculos que le unían con España.

Aclarado esto, hay que empezar a distinguir las distintas dimensiones o facetas del arraigo. Tras apuntar que *“el arraigo no es sino la intensidad del establecimiento en nuestro país de un individuo”*, el Tribunal Supremo⁶⁸ hace una primera división entre el factor personal y el factor colectivo del arraigo. El factor personal se refiere a los perjuicios que sufriría el penado a raíz de la expulsión. *“Eso involucra el esfuerzo vital (medido en años y calibrado por la expectativa de futuro) que el condenado haya consumido en asentarse en nuestro país”*, además de otros factores, como el impacto de la expulsión en la vida familiar, afectiva o laboral. El factor colectivo *“hace referencia a si el extranjero condenado participa de los principios fundamentales en los que se asienta constitucionalmente nuestra convivencia social y en qué medida puede llegar a percibir nuestra comunidad como propia”*.

Para decidir si hay arraigo, procede tener en cuenta varios factores. El TS, en varias resoluciones ya citadas⁶⁹, apunta a varios de ellos: *“tiempo de residencia en España, situación de arraigo familiar en función de convivencia, tipo de parentesco y obligaciones de dependencia material y económica, entre otras. También habrá de valorarse el arraigo laboral, profesional o cultural, la vinculación con el país de procedencia, los riesgos que pueda comportar la expulsión y, en general cualesquiera circunstancias que permiten una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto”*. En base a afirmaciones como esta, ha habido varios intentos de sistematizar el arraigo y distinguir sus distintas vertientes. Nos referiremos en particular a dos de ellas: la de Solaz Solaz⁷⁰ y la de la FGE⁷¹. Creo que

⁶⁷ STS 409/2016, de 12 de mayo (ECLI:ES:TS:2016:2033)

⁶⁸ STS 344/2021, de 26 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1698), de la que provienen todas las citas de este párrafo.

⁶⁹ SSTS 344/2021 de 26 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1698), 213/2021 de 10 marzo (ECLI:ES:TS:2021:900) o 368/2020, de 2 julio (ECLI:ES:TS:2020:2161)

⁷⁰ E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 10-11

⁷¹ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, pp. 8-10

ambas son reconducibles a una sola, si bien no todos los criterios a los que se refiere la Fiscalía tienen que ver, a mi entender, con el arraigo, sino que pueden encuadrarse dentro de las otras circunstancias personales del autor, a las que también se debe atender en virtud del 89.4 CP. Así pues, tratemos de exponer, partiendo de estas dos fuentes y sin afán exhaustivo, las facetas más importantes del arraigo:

a) Arraigo por permanencia:

Está claro que la regla general es que, a mayor tiempo de residencia, mayor arraigo. Esto lo vincula Solaz Solaz con lo que el TS llama factor personal del arraigo: el esfuerzo vital (medido en años y calibrado por la expectativa de futuro) empleado para asentarse en España.

Aquí procede ocuparse un asunto especialmente importante a partir de la reforma del 89 CP por LO 1/2015: la relevancia de la residencia legal a la hora de apreciar el arraigo. Están de acuerdo la Fiscalía y Solaz Solaz en que la regla general será apreciar el arraigo de los residentes legales, puesto que *“la concesión de las autorizaciones administrativas se condiciona normalmente a la existencia de un contrato de trabajo, o de fuentes de ingresos suficientes para garantizar su autonomía económica, que generan un círculo virtuoso de integración activa en el tejido social del país de acogida”*⁷². Ahora bien, lo que no cabe es convertir esta regla general en regla universal. Si el legislador ha querido ampliar la medida de expulsión también a residentes legales (como se ha visto en el apartado 4 de este trabajo), no cabe ignorar esa voluntad mediante el mecanismo de apreciar arraigo en todo residente legal. No se puede negar que la residencia legal es un criterio relevante para apreciar si hay arraigo o no, pero no es el único criterio relevante. Por tanto, cabe considerar que un residente legal no está suficientemente arraigado en España y, por tanto, expulsarlo. Afirmar lo contrario sería hacer una interpretación contra legem, que ignorara deliberadamente la ampliación por el legislador del ámbito de aplicación subjetivo de la medida de expulsión. A título de ejemplo está el ATS 912/2018, de 19 de abril (ECLI:ES:TS:2018:8410A), citado por Solaz Solaz⁷³, en el que el TSJ considera adecuada la expulsión, acordada por el TSJ de Cantabria, de un residente legal (ya que hay otros factores que lo justifican), por lo que inadmite el recurso de casación.

b) Arraigo social y laboral:

Se debe atender a los vínculos sociales y laborales que el extranjero tiene en España. Obviamente, no tendrá el mismo efecto expulsar del país a quien tiene un trabajo fijo, que perdería a consecuencia de la expulsión, que a quien no trabaja en España.

⁷² FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 8

⁷³ E. Solaz Solaz, *“La sustitución...”*, *op. cit.*, p. 35

También es relevante atender al tipo de migrante, puesto que *“hay situaciones de asentamiento prolongado que convierten al inmigrante en un ciudadano efectivo del país”*⁷⁴. En particular, los migrantes de segunda generación (hijos de migrantes que han nacido y vivido su vida entera en España) que, aunque no tengan la nacionalidad, tendrán por lo general vínculos mucho más estrechos con España que con su país de origen, y los migrantes que llegaron a España a una edad temprana y hayan vivido en España la mayor parte de su vida, donde tienen sus principales lazos familiares, sociales, educativos... En estos casos, entra en juego también otra de las vertientes del arraigo: la vinculación con el país de origen. Estos migrantes a menudo tendrán muy pocos vínculos con su país de origen: puede ser que no hablen el idioma, que no tengan familia viviendo allí... En estos casos, es mucho más difícil considerar proporcionada la expulsión a su país de origen.

c) Arraigo familiar:

Es especialmente importante atender a los vínculos familiares del penado, y a cómo se verían afectados de ser expulsado del territorio nacional. Por un lado, se debe atender a su situación familiar. Para la FGE, *“no es proporcionada –salvo que concurran circunstancias muy poderosas– la expulsión de un extranjero que tenga establecida su familia en España si sus miembros guardan relaciones estables de convivencia o dependencia”*⁷⁵. La expulsión podría afectar al derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH.

La Fiscalía, con cita de numerosas sentencias del TEDH, considera que lo relevante no es si hay vínculos formales matrimoniales o de parentesco, sino que hay que atender a si realmente existe una relación familiar, valorando especialmente la existencia de vínculos de dependencia. No basta tener algún pariente en España, si con ese pariente no hay relación efectiva. Del mismo modo, entiendo que podría valorarse la presencia en España de parientes más lejanos que, a pesar de ello, convivieran con el penado y tuvieran con él estrechos vínculos de dependencia. Para valorar la dependencia, la FGE tiene en cuenta varios criterios: el principal es la edad (la FGE se refiere a hijos de corta edad, pero entiendo que también puede tenerse en cuenta la edad avanzada de otros parientes), pero no el único (pensemos, por ejemplo, en parientes con ciertas formas de discapacidad).

También procede tener en cuenta el impacto de la expulsión en el núcleo familiar del extranjero. En concreto, la posible separación del grupo familiar como consecuencia de la medida, dada la imposibilidad de los familiares de acompañar al penado a su país de origen, o las dificultades que encontrarían en dicho país. Esto tiene mucho que ver con la vinculación del penado con su país de

⁷⁴ FGE, Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit., p. 8

⁷⁵ FGE, Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit., p.8

origen, de la que hablaremos a continuación, pues los efectos de la medida sobre el núcleo familiar dependerán mucho de a qué país se realice la expulsión. Por ejemplo, la STEDH de 11 julio 2002, asunto *Amrollahi c. Dinamarca*, referida a un ciudadano iraní residente en Dinamarca, tiene en cuenta, para considerar que la expulsión a Irán vulnera el artículo 8 CEDH, el hecho de que su esposa ni habla el idioma del país (farsi) ni es musulmana.

También es importante tener en cuenta si la familia tiene la posibilidad de instalarse o no en un tercer país, donde esas dificultades fueran menores. En el citado asunto *Amrollahi c. Dinamarca*, el TEDH valora la circunstancia de que el penado había vivido previamente en Turquía y Grecia. Pero concluye que, dado que había vivido en esos países de manera irregular, y dado que ni él ni su esposa tenían vínculo alguno con ellos, sería muy complicado que la familia se trasladara allí en caso de expulsión. La cuestión clave a la hora de valorar la proporcionalidad conforme a este criterio es que, como dice la STEDH de 24 de marzo de 1988, asunto *Olsson c. Suecia*, la ruptura de una familia es una injerencia muy grave en la vida familiar, que *“tiene que fundarse en consideraciones de peso”*. Y, como dice la Fiscalía, en referencia al caso *Amrollahi c. Dinamarca*, *“si los familiares íntimos del extranjero se ven precisados a seguirle en su extrañamiento también ellos sufren la expulsión”* y, *“si no pueden seguirle, se verán imposibilitados para ejercer de forma efectiva el derecho a la vida privada y familiar”*⁷⁶.

d) Vinculación con el país de origen:

La Fiscalía afirma, citando numerosa jurisprudencia del TEDH, que *“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”*. Es decir, a la hora de apreciar el arraigo, no solo deben tenerse en cuenta los vínculos con España, el Estado de acogida, sino también la ausencia de vínculos con el país de origen del extranjero. Ya hemos visto anteriormente la relevancia que el país de origen podía tener, a la hora de apreciar el impacto de la expulsión en el núcleo familiar. También nos hemos referido a ciertos tipos de migrantes como los de segunda generación o los que han pasado su infancia y juventud en España. A menudo, estos tipos de migrantes no tendrán más vínculo con su país de origen que la nacionalidad, siendo materialmente *“verdaderos ciudadanos del país de acogida, y extranjeros en su país de origen”*⁷⁷. Todo esto procede tenerlo en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad de la expulsión al país de origen. Si un extranjero sigue teniendo familia y vínculos sociales en su país, si conoce la lengua y la cultura, la

⁷⁶ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 9

⁷⁷ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 8

expulsión será una medida mucho menos traumática (y, por tanto, mucho más fácil de ser considerada proporcionada) que si no se dan esas circunstancias.

e) ¿Arraigo por razones humanitarias?

Bajo este nombre incluye Plasencia Domínguez⁷⁸ lo que la Fiscalía llama “*estado de salud*”⁷⁹: aquellos casos en que la expulsión puede no ser proporcionada por el hecho de que, de ejecutarse, podría agravar los problemas de salud (física o psíquica) del extranjero, o dejarle en situación de vulnerabilidad. Tal vez podría incluirse aquí también la valoración del riesgo de que el expulsado sufra torturas y tratos degradantes en su país de origen, al que se refiere el TS en su ya citada sentencia 368/2020, de 2 julio.

El problema que veo no es tener en cuenta esos factores, sino incluirlos bajo la denominación “*arraigo por razones humanitarias*”. Está claro que se deben tener en cuenta las razones humanitarias y los posibles riesgos de la expulsión en la salud y en la integridad del penado. Pero no creo que estas razones tengan que ver con el arraigo, sino que podrían encuadrarse en esas otras circunstancias personales del autor, que también deben tenerse en cuenta conforme al art. 89.4 CP. Si el arraigo “*no es sino la intensidad del establecimiento en nuestro país de un individuo*”, como recordaba la ya citada STS 344/2021, de 26 de abril, no creo que estas razones humanitarias tengan mucha relación con él. Procede pues, tenerlas en cuenta, pero no forman parte del concepto de arraigo.

6. Especialidades por razón del objeto:

En el apartado 3 de este trabajo se vio que, según la cuantía de la pena, existen dos tramos en los que cabe sustitución de la pena de prisión por expulsión: penas de más de 1 año hasta 5 años y penas de más de 5 años. También se hizo referencia a que hay que atender a la pena en concreto, y a la polémica en torno a si cabe o no sumar penas. En este apartado, debemos ver las diferencias de régimen entre esos dos tramos, que en su momento quedaron apuntadas, pero para cuyo desarrollo hacía falta estudiar las excepciones absoluta y relativa a la imperatividad de la medida de expulsión.

Lo primero es aclarar la terminología que emplearé para referirme a esta cuestión. Según el caso, caben 3 posibilidades en relación con la sustitución por expulsión: la “sustitución total” (se sustituye toda la pena de prisión por expulsión, de modo que no se cumple la pena de prisión en España), la “sustitución parcial” (con el correlativo cumplimiento parcial de la pena de prisión: se cumple una parte de la pena y el resto se sustituye por expulsión) y la “no sustitución” (con el correlativo cumplimiento total de la pena de prisión: se cumple toda la pena y no se produce la expulsión). Partiré de este marco abstracto,

⁷⁸ N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, p. 13

⁷⁹ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p.8

dejando para un momento posterior de la exposición los problemas que puede causar el cumplimiento total de la pena de prisión al que se añade la expulsión, en relación con el principio de non bis in idem.

Pues bien, en los dos tramos a los que me he referido (penas de más de 1 año hasta 5 años y penas de más de 5 años), juegan las dos excepciones a la imperatividad de la medida de expulsión que se han visto en el apartado anterior. La excepción absoluta juega de igual manera en ambos tramos: en palabras del 89.4 CP, si se da esta excepción “*no procederá la sustitución*”, de modo que se producirá el cumplimiento íntegro de la pena.

La excepción relativa, en cambio, es aplicable a ambos tramos, pero con distintos efectos según el tramo. Plasencia Domínguez⁸⁰ propone como fundamento de esta diferencia de tratamiento el hecho de que, “*respecto de las penas cortas de prisión, el Estado renuncia al cumplimiento y, como regla general, establece la expulsión del extranjero, mientras que, en las penas de una mayor duración para la salvaguarda de los fines de prevención general de la norma infringida y de la defensa del orden jurídico, se considera que no puede renunciar al ejercicio de ius puniendi*”, motivo por el que se cumple toda o parte de la pena de prisión en España. La Fiscalía General del Estado, en un sentido similar, sostiene que, en el tramo del 89.2 CP (penas de prisión de más de 5 años), dado que se trata de delitos de especial gravedad, no cabe la sustitución total, sino que “*la pena habrá de cumplirse, en todo o en parte, quedando la discrecionalidad judicial limitada a la determinación de la porción mínima de cumplimiento que se estima necesaria para expresar el reproche que merece el delito o delitos cometidos, antes de proceder a la expulsión del extranjero*”⁸¹.

A la diferencia de régimen entre el 89.1 CP y el 89.2 CP me refiero cuando hablo de especialidades por razón del objeto. En concreto, se trata de especialidades por razón de la cuantía de la pena, y a exponer eso se dedica este apartado.

Antes de empezar con esa exposición, conviene destacar otra diferencia importante entre la excepción absoluta y la excepción relativa, relativa a la posibilidad de suspensión de la condena de prisión conforme a los artículos 80 y siguientes CP.

Cuando se aplica la excepción absoluta (y no se sustituye la pena por expulsión, por considerarse desproporcionado, en base al arraigo personal del extranjero), opina la FGE⁸² que es posible la suspensión condicional de la pena, conforme a los artículos 80 y siguientes CP, y en igualdad de condiciones con los ciudadanos españoles. Lo hace con el convincente argumento de que la expulsión

⁸⁰ N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, p. 6

⁸¹ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 7

⁸² FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 10

se ha hecho, no por motivos de prevención general (frente a lo que ocurre cuando no se aplica la expulsión en base a la excepción relativa), sino para no perjudicar al condenado. En esa coyuntura, tiene sentido que se pueda suspender condicionalmente la condena, si se dan los requisitos para ello (los mismos que si el penado fuera ciudadano español). En cambio, cuando se aplica la excepción relativa (y se acuerda el cumplimiento total o parcial de la pena de prisión, para “*asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito*” (89.1 y 89.2 CP), la FGE⁸³ rechaza que proceda la suspensión condicional. Tiene sentido porque, si se ha determinado, que en defensa del orden jurídico y para restablecer la confianza en la vigencia de la norma (por razones de prevención general, especial, etc.), se debe cumplir toda o parte de la pena de prisión en España, la suspensión condicional actuaría como un obstáculo para el cumplimiento de esos fines, que se lograrían solo si efectivamente se cumple la pena de prisión. Hernández Oliveros⁸⁴ también concuerda con esta opinión de la Fiscalía.

Sin más dilación, expondré ahora las diferencias de régimen entre el 89.1 y el 89.2 CP:

a) Penas de prisión de más de 1 año (1 año y 1 día) hasta 5 años:

En este tramo, el 89.1 CP establece un sistema en el que la regla general es la sustitución total (de toda la pena de prisión por expulsión). Solo 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*” (es decir, cuando se dé la excepción relativa), el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución parcial. En concreto, se podrá acordar el cumplimiento de una parte de la pena de prisión que no supere los dos tercios de la misma. Se sustituirá el resto de la pena de prisión por la expulsión en tres casos: cuando se cumpla la parte de la pena impuesta por el Juez o Tribunal, cuando el extranjero acceda al tercer grado penitenciario o cuando se le conceda la libertad condicional. Por tanto, se expulsará al extranjero cuando se dé una de esas situaciones (la que ocurra antes).

b) Una pena de prisión de más de 5 años, o varias penas que excedieran esa duración:

En este tramo, el 89.2 CP no permite la sustitución total de la pena de prisión: se debe cumplir al menos parte de la pena. El Juez o Tribunal decidirá si se ejecuta toda 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*”.

El último inciso del 89.2 CP dispone que “*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*

⁸³ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 7

⁸⁴ J.C. Hernández Oliveros, “La expulsión...”, *op. cit.*, p. 10-11

que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional". Estoy de acuerdo con Solaz Solaz⁸⁵ en que "*en estos casos*" se refiere a los dos posibles casos que caben según el 89.2 CP: cumplimiento total o parcial de la pena de prisión. Así, si se ordena el cumplimiento parcial de la pena de prisión, se sustituirá el resto de la pena por expulsión cuando se cumpla la parte de la pena que se debía cumplir, se acceda al tercer grado o se conceda la libertad condicional (de las tres cosas, la que ocurra primero). Si se ordena el cumplimiento total de la pena, se sustituirá lo que quede por cumplir por expulsión cuando se acceda al tercer grado o se conceda la libertad condicional. Ahora bien, como diré a continuación, si en este segundo caso (en el que se ordena el cumplimiento total de la pena) el extranjero cumple toda la pena sin acceder al tercer grado y sin que se le conceda la libertad condicional, no cabe la expulsión, porque vulneraría el principio de non bis in idem.

La cuestión de los problemas de este artículo en relación con el non bis in idem merece un tratamiento específico. Ya se ha visto en el apartado 2 que la sustitución por expulsión no se considera (salvo por alguna doctrina muy minoritaria) una pena. Ahora bien, no puede negarse que, en la mayoría de los casos (no siempre, ese es también uno de los problemas) tiene un contenido gravoso para el extranjero expulsado. Por ello, no es baladí ocuparse de la cuestión de si se vulnera el non bis in idem cuando se ordena el cumplimiento parcial o total de la pena de prisión, si a ese cumplimiento se quiere añadir posteriormente la expulsión del territorio nacional. Me inclino por la postura de la jurisprudencia, tal y como la presenta Solaz Solaz⁸⁶, y tal y como se ve en la STS 397/2018, de 11 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3146): la sustitución parcial no vulnera el non bis in idem, ya que se cumple una parte de la pena de prisión, y la otra parte se sustituye por expulsión, de modo que la expulsión no se añade a la pena. En cambio, sí creo que se vulneraría este principio si se cumpliera la pena íntegramente y, además, se expulsara al extranjero. En este caso, la expulsión "sustitutiva" no actuaría como tal, sino que se sumaría a la pena ya impuesta y cumplida.

Ahora bien, esta hipótesis, según la cual no cabe expulsión porque, de lo contrario, se vulneraría el non bis in idem, solo se refiere a aquellos casos en los que, con penas de más de 5 años, se acuerda el cumplimiento total de la pena de prisión, y la pena se cumple íntegramente, sin que se produzca el acceso al tercer grado o la concesión de la libertad condicional. Si se accede al tercer grado o se concede la libertad condicional, cabe expulsar al extranjero, como establece el 89.2 CP, porque se está sustituyendo una parte de la pena (la que quedara por cumplir al pasar al tercer grado o a libertad condicional) por expulsión. En cambio, si no se accede al tercer grado ni se logra la libertad condicional, se ha cumplido toda la pena, y añadir la expulsión vulneraría el non bis in idem. Ahora

⁸⁵ E. Solaz Solaz, "La sustitución...", *op. cit.*, p. 12-13

⁸⁶ E. Solaz Solaz, "La sustitución...", *op. cit.*, p. 13

bien, como dice la ya citada STS 397/2018, de 11 de septiembre, el hecho de que no quepa la expulsión acordada por el Juez o Tribunal penal *“no comporta que quedara así bendecida la permanencia en territorio español. Antes bien, lo que supondría es la activación del mecanismo administrativo para una expulsión que legalmente resultará obligada - art. 57.2 LO 4/2000, de 11 de enero - salvo concurrencia de razones excepcionales”*. En estos casos, en los que se suma el cumplimiento de la pena de prisión a la expulsión administrativa, no se vulnera el non bis in idem (frente a lo que pasaría si la expulsión la acordara el Juez o Tribunal penal), conforme a la doctrina del TC. El TC⁸⁷ rechazó que fuera inconstitucional, por vulneración del non bis in idem, la expulsión administrativa sumada a la sanción penal por unos mismos hechos, con el argumento de que falta la identidad de fundamento entre ambas medidas: *“no responden a un mismo fundamento porque persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes”*. Una medida se adopta en el marco de la política criminal del Estado, y la otra en el marco de la política de extranjería, *“dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes”*.

En conclusión, si se cumple parte de la pena, cabe sustituir la otra parte por expulsión. Esto incluye aquellos casos en que se ordena el cumplimiento de toda la pena, pero se accede al tercer grado o se concede la libertad condicional antes del cumplimiento íntegro. En cambio, si se cumple la pena en su totalidad, no cabe añadir la expulsión penal sin vulnerar el non bis in idem. En cambio, sí cabe añadir la expulsión administrativa, pues con eso no se vulnera el non bis in idem, al tratarse de medidas con fundamentos distintos, según el TC.

7. Especialidades por razón del sujeto:

En el apartado 4 se han expuesto, de manera genérica, los presupuestos subjetivos para aplicar la expulsión sustitutiva. Desde la reforma del 89 CP por LO 1/2015, basta ser extranjero, en general, para que se aplique la medida. Sin embargo, no todos los extranjeros reciben el mismo tratamiento. Procede ahora analizar las especialidades que se dan a la hora de expulsar a determinados grupos de extranjeros.

a) Ciudadanos de la Unión Europea y asimilados, en general:

“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” (89.4, párrafo 2º CP)

⁸⁷ STC 236/2007, de 7 de noviembre (recurso de inconstitucionalidad 1707/2001)

Como se vio en el apartado 4 de este trabajo, antes de la reforma de 2015 la expulsión sustitutiva solo era aplicable a extranjeros sin residencia legal en España. Por tanto, no se contemplaba la expulsión de ciudadanos de la UE, dado que estos tienen un derecho de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembro de la UE (art. 20.2 TFUE, art. 45.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE).

Ahora bien, este derecho “*originario, no absoluto, de configuración legal*”⁸⁸ está sujeto a ciertas limitaciones, contempladas en la Directiva 2004/38/CE⁸⁹, que ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento por Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero. La consecuencia de ese carácter no absoluto y limitado del derecho es que cabe la posibilidad de expulsar a ciudadanos de la UE, aunque con requisitos especiales. Esta posibilidad es, desde la reforma de la LO 1/2015, una realidad en España, ya que el artículo 89.4 CP la contempla. Sin embargo, la expulsión de ciudadanos de la UE exige requisitos adicionales a los que se exigen para expulsar a cualquier otro extranjero. Por tanto, existe un régimen especial para la expulsión de este grupo de extranjeros, que procede explicar ahora.

1. Ámbito subjetivo de aplicación del régimen especial:

Para determinar a quién es aplicable este régimen, debemos partir de la expresión “*ciudadano de la Unión Europea*” del segundo párrafo del 89.4 CP, pero teniendo en cuenta que “*alude a todo aquel a quien le es aplicable el régimen de la Unión Europea, lo que comprende a los nacionales de Estados asimilados y a los nacionales de terceros Estados que sean miembros de la familia de un ciudadano de la UE*”⁹⁰. Así pues, este régimen es aplicable a varios grupos de extranjeros:

a) Ciudadanos de la UE:

Es ciudadano de la UE “*toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro*” de la UE (art. 9 TUE y 20.1 TFUE), por lo que la concesión de la ciudadanía de la UE depende de las normas que cada Estado miembro establezca para conceder la nacionalidad.

b) Ciudadanos de Estados asimilados:

Como ha puesto de manifiesto la FGE⁹¹, el régimen aplicable a ciudadanos de la UE en esta materia también es aplicable a los ciudadanos de Noruega, Islandia y Liechtenstein, por un lado (en virtud del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo hecho en Bruselas el 17 de marzo de 1993) y a los

⁸⁸ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 10

⁸⁹ Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros

⁹⁰ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 11

⁹¹ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 11

ciudadanos de Suiza, por otro (en virtud del Acuerdo suscrito el 21 de junio de 1999 entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza).

c) Ciudadanos de terceros Estados que sean miembros de la familia de un ciudadano de la UE:

Este régimen también se aplica a los miembros de la familia de un ciudadano de la UE (aunque ellos no lo sean) que le acompañen o se reúnan con él (art. 3.1 Directiva 2004/38/CE). Ahora bien, el citado artículo de la Directiva se refiere a un *“ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad”* por lo que, en principio, este régimen no es aplicable a un ciudadano español, residente en España, que quiera que sus familiares, ciudadanos de un tercer Estado, se reúnan con él en España, como han puesto de manifiesto la FGE⁹² y la jurisprudencia del TJUE⁹³. En cambio, como explica la Fiscalía, con cita de numerosa jurisprudencia del TJUE, este régimen si es aplicable a los familiares de un ciudadano español que *“ha residido en otro Estado comunitario donde ha formado su familia y vuelve a España a residir”*⁹⁴.

En cuanto a qué debe entenderse por *“miembros de la familia”*, el RD 240/2007, que traspone la Directiva 2004/38/CE a nuestro Derecho interno, recoge un concepto amplio de familia en sus artículos 2 y 2 bis, como explica la FGE⁹⁵. El RD se aplica a cónyuges, parejas inscritas, descendientes directos propios o del cónyuge o pareja registrada (que sean menores de 21 años, mayores de 21 pero que vivan a su cargo o incapaces) o ascendientes directos o del cónyuge o pareja registrada. Pero también puede solicitarse su aplicación a la pareja de hecho con la que se tenga una relación estable o a cualesquiera otros miembros de la familia que dependan del ciudadano de la UE o estén a su cargo, o de los que deba hacerse cargo por motivos graves de salud o discapacidad.

2. Especialidades del régimen:

La expulsión de las personas a quienes se aplica este régimen *“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”* (89.4, párrafo 2º CP). Este requisito se suma a los requisitos necesarios para expulsar a cualquier otro extranjero, puesto que este régimen especial busca establecer una protección especial frente a la expulsión. Hay que tener en cuenta, no obstante, que esta protección adicional solo entra en juego si el extranjero se opone a la expulsión, como ha puesto de manifiesto Solaz Solaz⁹⁶, apoyándose en la

⁹² FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 11

⁹³ STJUE de 15 de noviembre de 2011, C-256/11, *Dereci y otros*

⁹⁴ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 11

⁹⁵ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p.12

⁹⁶ E. Solaz Solaz, *“La sustitución...”*, *op. cit.*, p. 5

opinión de la Audiencia Nacional, según la cual este régimen se aplica *“solo para el caso de que tal medida se adopte en contra de la voluntad del condenado”*⁹⁷.

Como explica Jiménez Moriano⁹⁸, esta previsión del legislador viene a incorporar requisitos que ya exigía la jurisprudencia desde antes de la reforma. De ahí que la LO 1/2015, por la que se incorporó al Código el párrafo que se analiza ahora, justifique en su Preámbulo la reforma en base a que la sustitución por expulsión para ciudadanos de la UE *“se contempla con carácter excepcional, reservándose a aquellos supuestos en los que su autor representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, en atención a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE [...], así como en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que deberán ser tenidos en cuenta por los jueces y tribunales en la interpretación y aplicación del precepto correspondiente”*.

Conviene ahora aclarar el significado de alguno de los conceptos del párrafo segundo del 89.2 CP. La seguridad pública *“comprende tanto la seguridad interior de un Estado miembro como su seguridad exterior”*⁹⁹. El TJUE ha declarado también que cabe considerar que los delitos recogidos en el art. 83.1, párrafo 2º TFUE entran dentro de los motivos imperiosos de seguridad pública, *“siempre que la forma de comisión de tales infracciones presente características especialmente graves”*¹⁰⁰ (lo que corresponde apreciar al tribunal nacional en cada caso concreto)¹⁰¹. En cuanto al orden público, *“requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”*¹⁰².

El artículo exige una amenaza grave para la seguridad o el orden público. La exigencia de que la amenaza sea grave, según Solaz Solaz¹⁰³, debe relacionarse con el principio de proporcionalidad, atendiendo a la *“naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido”*. Además, la amenaza debe ser, conforme al art. 27.2 de la Directiva 2004/38/CE, actual (*“presente en el momento en que se toma la decisión de aplicarle la medida de expulsión y subsistente en el momento de su cumplimiento”*¹⁰⁴) y real, de lo que se deriva que, según la Directiva, *“no podrán argumentarse*

⁹⁷ SAN 23/2016, de 29 de julio (ECLI:ES:AN:2016:3231)

⁹⁸ O. Jiménez Moriano, *La sustitución...*, op. cit., p. 204

⁹⁹ STJUE de 23 de noviembre de 2010, C-145/09, *Tsakouridis*, con cita de numerosas otras

¹⁰⁰ STJUE de 22 de mayo de 2012, C-348/09

¹⁰¹ El citado artículo del TFUE se refiere al *“terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada”*. La FGE cita casos en los que se ha considerado que vulneraban la seguridad pública el terrorismo, el tráfico de drogas mediante banda organizada, los abusos sexuales y la explotación de menores (FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, pp. 12-13).

¹⁰² STJUE de 17 de noviembre de 2011, C-430/10, *Gaydarov*

¹⁰³ E. Solaz Solaz, *“La sustitución...”*, op. cit., p. 14

¹⁰⁴ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 13

justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general". Por tanto, para apreciar la amenaza hay que basarse en la conducta del extranjero, atendiendo a las circunstancias concretas del caso. De ahí que la referencia a los antecedentes del 89.4 CP implique que estos se deban tener en cuenta para valorar la amenaza, pero sin ser decisivos, puesto que *"la existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas"* (art. 27.2 Directiva 2004/38/CE)¹⁰⁵.

Para valorar la amenaza también se tendrán en cuenta, conforme al 89.4 CP, otras circunstancias personales del penado (Solaz Solaz¹⁰⁶ propone tener en cuenta las circunstancias a las que se refiere el artículo 28 de la Directiva 2004/38/CE: *"duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen"*) y la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido.

La FGE¹⁰⁷ concluye recordando la importancia en esta materia de los principios de proporcionalidad y no discriminación. El principio de proporcionalidad, como se vio en el apartado 5, se aplica en todos los casos de expulsión sustitutiva, no solo cuando se trata de ciudadanos de la UE. En cuanto al principio de no discriminación, implica según la Fiscalía que *"no es admisible la expulsión respecto de aquellos comportamientos que, cuando lo realizan sus propios nacionales, no da lugar a medidas represivas o a otro tipo de medidas reales y efectivas destinadas a combatir dicho comportamiento"*¹⁰⁸. En esta materia, esa exigencia se respetará siempre, puesto que la expulsión sustitutiva requiere la imposición de una pena de prisión por la comisión de un delito, por lo que, si el mismo comportamiento lo cometiera un español, también se le impondría la pena de prisión como medida represiva.

Para cerrar esta parte de la exposición, no puede olvidarse el último inciso del 89.4 CP, según el cual *"en estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo"*. Creo que este inciso es aplicable a los casos que estamos viendo ahora, ya que debe interpretarse que *"estos supuestos"* se refiere, por un lado, a los ciudadanos de la UE (y a todo aquel a quien le es aplicable el régimen de la UE) y, por otro lado, a los residentes durante más de 10 años a los que se refiere el tercer párrafo del 89.4 CP (más tarde me referiré a la polémica sobre si estos residentes de

¹⁰⁵ Según la STJCE de 4 de octubre de 2007, C-349/06, *Polat* (párrafo 32) *"la existencia de una condena penal sólo puede apreciarse en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público"*. Citando esa misma sentencia, considera la FGE que *"la pequeña delincuencia persistente puede representar una amenaza para el orden público"*, aunque ninguno de los delitos aisladamente considerados pueda constituirlos. (FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 13)

¹⁰⁶ E. Solaz Solaz, "La sustitución...", *op. cit.*, p. 15

¹⁰⁷ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 13-14

¹⁰⁸ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 14

larga duración tienen que ser ciudadanos de la UE o no). En el mismo sentido se pronuncian la Circular de la FGE¹⁰⁹ y Plasencia Domínguez¹¹⁰.

En consecuencia, cuando se expulse a alguien conforme al régimen que estamos viendo, no será aplicable la sustitución total de la pena de prisión por expulsión, sino que 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*”, pues esto es lo que significa que sea aplicable el apartado 2 del artículo 89 CP.

b) Ciudadanos de la UE que hayan residido en España durante los 10 años anteriores:

Cuando se trata de expulsar a ciudadanos de la UE que han residido en España durante los 10 años anteriores, la Directiva 2004/38/CE es aún más restrictiva, al establecer en su artículo 28.3 que la expulsión solo podrá basarse en “*motivos imperiosos de seguridad pública*”, que corresponde definir a los Estados miembros. Como defenderé a continuación, creo que dicha definición la ha dado el legislador español en el tercer párrafo del artículo 89.4 CP, a través del cual se establece otro régimen especial de expulsión. La misma interpretación ha hecho la FGE¹¹¹.

1. Ámbito subjetivo de aplicación del régimen especial:

Lo primero que debe aclararse es a quién se refiere este régimen, pues no es una cuestión pacífica. El párrafo tercero del 89.4 CP dispone que “*si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además*” se den ciertos requisitos a los que me referiré más adelante. El problema está en determinar si el sujeto de esa oración es “*un ciudadano de la UE*” (el sujeto del párrafo anterior del 89.3 CP) o si, por el contrario, puede ser cualquier extranjero que haya residido en España durante los 10 años anteriores a la expulsión.

Personalmente, considero que este párrafo y, por ende, este régimen, se refieren solo a ciudadanos de la UE que hayan residido 10 años en España. Por un lado, lo sugiere la ubicación sistemática del párrafo, al situarse justo tras otro párrafo referido a los ciudadanos de la UE, de modo que cabe pensar que este párrafo mantiene el sujeto del párrafo anterior. La palabra “*además*” da a entender también que se trata de requisitos adicionales, que se suman a los requisitos para expulsar a todo extranjero, en general, y para expulsar a ciudadanos de la UE, en particular. Por otro lado, esta interpretación es coherente con el artículo 28.3 de la Directiva 2004/38/CE, que establece requisitos adicionales para expulsar a ciudadanos de la UE que hayan residido 10 años en el Estado de acogida, no a cualquier

¹⁰⁹ FGE, Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, *op. cit.*, p. 15

¹¹⁰ N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, p. 6

¹¹¹ FGE, Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, *op. cit.*, p. 15

extranjero que lo haya hecho. Entiendo que, con el 89.4, párrafo tercero CP, el legislador define los “*motivos imperiosos de seguridad pública*”, tal y como le permite hacer la Directiva. Y dichos motivos, en la Directiva, solo se exigen para expulsar a ciudadanos de la UE, no a cualquier extranjero. Comparten mi postura la Circular de la FGE¹¹² y numerosos autores¹¹³. El Tribunal Supremo ha sido notoriamente ambiguo en torno a esta cuestión: en algunas resoluciones¹¹⁴ da a entender que apoya la aplicación de este régimen a cualquier extranjero con residencia de más de 10 años en España, pero en otras¹¹⁵ rechaza que sea aplicable a extranjeros que no son ciudadanos de la UE. Por los motivos expuestos, creo que el TS debería zanjar la cuestión pronunciándose definitivamente a favor de la limitación de este régimen a ciudadanos de la UE.

Aclarado este asunto, es importante tener en cuenta que, aquí también, la expresión “*ciudadano de la Unión Europea alude a todo aquel a quien le es aplicable el régimen de la Unión Europea, lo que comprende a los nacionales de Estados asimilados y a los nacionales de terceros Estados que sean miembros de la familia de un ciudadano de la UE*”¹¹⁶ (sobre estos sujetos ya se ha hablado en la letra a de este apartado). Por tanto, este régimen será aplicable a esas mismas personas, siempre que hayan residido en España durante los últimos 10 años. Los 10 años de residencia son, en principio, un “*período continuado y ha de calcularse hacia atrás, a partir de la fecha de la decisión de expulsión*”¹¹⁷.

2. Especialidades del régimen:

Cuando sea aplicable este régimen, establece el 89.4 CP que “*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 consonancia con la interpretación que he defendido, según la cual este régimen solo es aplicable a ciudadanos de la UE, debe entenderse que el “*además*” del artículo establece requisitos adicionales a los necesarios para expulsar a cualquier extranjero, en general, y a ciudadanos de la UE en particular.

¹¹² FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 15

¹¹³ J.C. Hernández Oliveros, “La expulsión...”, *op. cit.*, p. 8; O. Jiménez Moriano, *La sustitución...*, *op. cit.*, p. 210; N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, p. 6; E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 16

¹¹⁴ STS 221/2017, de 29 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:1177); STS 644/2022 de 27 junio (ECLI:ES:TS:2022:2815)

¹¹⁵ STS 368/2020, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2161); STS 344/2021, de 26 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1698)

¹¹⁶ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 11

¹¹⁷ STJUE de 16 de enero de 2014, C-400/12, G

Por tanto, existe una protección reforzada frente a la expulsión para el ciudadano europeo residente durante 10 años en España. Basta con que se den los requisitos de la letra a) o los de la letra b), pues son requisitos alternativos, no cumulativos. Entiendo, además, que dichos requisitos son la definición que da España de los “*motivos imperiosos de seguridad pública*” a los que se refiere el artículo 28.3 de la Directiva 2004/38/CE, que deja en manos de los Estados miembro de la UE hacer esa definición.

Los requisitos son bastante específicos, y solo necesitan aclaración un par de aspectos. En cuanto a la expresión “*delitos [...] castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años*”, cabe plantearse si se refiere a la pena en concreto o a la pena en abstracto. Aunque la redacción del precepto parece sugerir que se debe atender a la pena en abstracto (ya que se refiere a la “*pena máxima*”), estoy de acuerdo con Solaz Solaz¹¹⁸ en que se debe tener en cuenta la pena en concreto, por ser esta la interpretación más acorde con la Directiva 2004/38/CE, que establece en su artículo 27.2 que esta clase de medidas debe “*basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado*” y que “*no podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general*”. Para atender al caso concreto y a la conducta personal del interesado, lo más adecuado es atender a la pena en concreto impuesta.

En cuanto al concepto de “*riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza*”, me parece adecuada la interpretación de Solaz Solaz¹¹⁹, según el cual con ello se exige que haya indicios de peligrosidad, “*referida a la comisión de delitos futuros*”, pero teniendo en cuenta que la peligrosidad en nuestro Derecho requiere la comisión de un hecho previsto como delito (por ejemplo, art. 6 CP). Opina la FGE que este riesgo grave también se debe exigir en los supuestos de la letra b), “*pues el peligro que exige el derecho de la UE para alzar la protección de sus ciudadanos frente a la expulsión ha de ser siempre actual*”¹²⁰. Tiene sentido exigir ese riesgo para ambas letras, pero tal vez podría plantearse que, si el legislador no lo exige expresamente, es porque considera que, en esa clase de delitos, ese riesgo se da necesariamente o muy a menudo. Al tratarse de delitos en los que interviene una organización o grupo criminal, con cierta estabilidad, que no tiene por qué haberse desmantelado por haberse condenado a uno de sus miembros, subyacería ese riesgo al hecho de que la organización o grupo criminal permanezca.

Por último, téngase en cuenta que “*en estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo*”, según el artículo 89.4 CP. La aplicabilidad de este último inciso es discutible cuando se expulsa a ciudadanos de la UE en general (en la letra a de este apartado defendí

¹¹⁸ E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 16

¹¹⁹ E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 16

¹²⁰ FGE, Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, *op. cit.*, p. 15

dicha aplicabilidad), pero no hay duda de que es aplicable a la expulsión de ciudadanos de la UE que hayan residido los 10 años anteriores en España. Por tanto, no cabe la sustitución total de la pena por expulsión, y 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*”, conforme establece el apartado 2 del artículo 89 CP.

c) Otras especialidades no mencionadas en el art. 89 CP:

1. Asilados y protegidos internacionalmente:

Para su expulsión, es necesario un acto de revocación del estatuto de protección internacional, tras seguirse el procedimiento administrativo correspondiente, conforme a los artículos 44 y 45 de la Ley 12/2009¹²¹. Como explica la FGE¹²², la condena penal es relevante para esa revocación, puesto que uno de los motivos de la misma es que “*la persona beneficiaria constituya, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España, o que, habiendo sido condenada por sentencia firme por delito grave, constituya una amenaza para la comunidad*” (artículo 44.1c Ley 12/2009), pero el procedimiento de revocación no se puede omitir.

2. Apátridas:

La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas¹²³ permite su expulsión, siempre que se den “*razones de seguridad nacional o de orden público*” (artículo 31 de la Convención). El artículo 18 del RD 865/2001¹²⁴ recoge esta previsión, añadiendo la exigencia de conceder al apátrida el plazo máximo previsto para gestionar la búsqueda de un país que le admita. Dicho plazo es, según el art. 63 bis.2 LOEX, de 30 días, prorrogables en atención a las circunstancias del caso concreto. Si no se hallara un país de acogida en plazo, estaríamos ante un caso de imposibilidad de llevar a efecto la expulsión¹²⁵ (al que me referiré en el apartado 10 de este trabajo). Solaz Solaz¹²⁶ opina que nada impide que, en casos de pasividad del apátrida, intervengan en la gestión las autoridades españolas. Así, el apátrida no puede evitar su expulsión por la vía de dejar pasar el plazo sin buscar un país de acogida.

3. Indocumentados y ciudadanos cuya nacionalidad u origen no pueden determinarse:

¹²¹ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

¹²² FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 16

¹²³ Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada el 28 de septiembre de 1954

¹²⁴ RD 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida

¹²⁵ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 16

¹²⁶ E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 6

En teoría, les es aplicable el régimen del 89 CP, pero, en la práctica, casi siempre estaremos ante casos de imposibilidad de llevar a efecto la expulsión¹²⁷ (véase apartado 10 de este trabajo), si han acreditado la imposibilidad de ser documentados por ningún país.

8. Procedimiento:

a) Competencia:

Del 89.3 CP se deduce que la competencia para adoptar la medida de expulsión es del Juez sentenciador (ya resuelva en la propia sentencia o en un momento posterior, como se verá). Dado que no cabe expulsión por delitos leves (pues no pueden ser castigados con pena de prisión: véase arts. 13.3 y 33.4 CP), en principio, podrán ser los Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales (14.3 y 14.4 LECrim), en el ámbito de la Audiencia Nacional (AN), los Juzgados Centrales de lo Penal y la Sala de lo Penal de la AN (14.3 y 14.4 LECrim, 65.1º y 89 bis.3 LOPJ) y el Tribunal del Jurado (art. 1 LOTJ).

Pero, además, pueden tener que decidir sobre la expulsión otros Tribunales al resolver recursos contra una sentencia. En concreto, las Audiencias Provinciales (790.1 LECrim y 82.1.2º LOPJ), Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (846 ter LECrim y 73.3c LOPJ, también 846 bis a) para apelación contra sentencias del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado), la Sala de lo Penal de la AN (790.1 LECrim y 65.5º LOPJ) y la Sala de Apelación de la AN (846 ter LECrim y 64 bis.1 LOPJ), cuando resuelvan recursos de apelación y dicten como consecuencia sentencias condenatorias, y el Tribunal Supremo (57.1.1º LOPJ), cuando resuelva un recurso de casación y dicte como consecuencia una sentencia de condena.

Por último, no debe olvidarse, como recuerda Solaz Solaz¹²⁸, que los Juzgados de Instrucción de guardia también pueden dictar sentencias condenatorias de conformidad, en el marco de un procedimiento rápido para el enjuiciamiento de determinados delitos, conforme al art. 801 LECrim. En esos casos, también resolverán sobre la medida de expulsión.

b) Legitimación:

La primera cuestión que surge en esta materia es si la expulsión sustitutiva puede adoptarse por el Juez o Tribunal de oficio, o si debe hacerse a instancia de parte. Considero que hace falta la petición expresa de alguna de las partes (cualquiera de ellas, como diré a continuación) y que si, habiéndose pedido solo pena de prisión, el Tribunal decidiera de oficio sustituirla por la expulsión, estaría vulnerando el

¹²⁷ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre*, *op. cit.*, p. 16; N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, p. 3

¹²⁸ E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 17

principio acusatorio y el resultado sería una sentencia incongruente. Así lo suele entender el TS¹²⁹ aunque, como explica Jiménez Moriano¹³⁰, hay una corriente jurisprudencial que entiende que cabe imponer de oficio la medida, pues se estaría adoptando una medida de seguridad “*de gravedad inferior a la pena privativa de libertad*”¹³¹. El problema de esa postura es claro: asumir tan categóricamente que la expulsión es menos grave que la pena de prisión. Aunque es verdad que la expulsión no conlleva privación de libertad, y la pena de prisión sí, la expulsión puede ser más o menos gravosa según las circunstancias, como se ha ido viendo, y puede llegar a afectar a derechos importantes, como son el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) o el derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE (art. 20.2 TFUE, art. 45.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE). Por tanto, no puede afirmarse tan tajantemente que la expulsión sea siempre más beneficiosa para el extranjero (la prueba es que, a veces, el propio extranjero se opone a la expulsión, prefiriendo cumplir la pena de prisión).

Así pues, aunque la expulsión debe solicitarla alguna de las partes del proceso, puede hacerlo cualquiera de ellas: el Ministerio Fiscal, pero también el acusador particular o popular e incluso el propio extranjero acusado (que, como se ha dicho, puede preferir la expulsión al cumplimiento de la pena de prisión). Nada en el CP sugiere lo contrario. Entiendo que no pueden solicitarla el actor civil (quien ejercita sólo la acción civil) ni el responsable civil (contra quien se ejercita sólo la acción civil), puesto que su intervención en el proceso está limitada a asuntos relativos al objeto civil del proceso penal¹³² y, como se verá (apartado 9b de este trabajo), la expulsión no afecta a la responsabilidad civil.

c) Tramitación:

1. Solicitud de la medida:

Cabe que las partes soliciten la expulsión en distintos momentos procesales. Lo normal será que se haga en el escrito de calificación provisional, de modo que, cuando la expulsión la pida una parte acusadora, el acusado pueda alegar lo que quiera al respecto en su escrito de calificación provisional¹³³.

La medida también puede solicitarse en la calificación definitiva, si las partes deciden modificar las conclusiones de sus escritos de calificación provisional tras la práctica de la prueba. Se hará por escrito en el procedimiento ordinario (732 LECrim), pero puede hacerse oralmente en el abreviado (788.4 LECrim). Cuando la expulsión la pidan las acusaciones en su calificación definitiva, opinan Solaz

¹²⁹ Por ejemplo, en la STS 483/2016, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2731)

¹³⁰ O. Jiménez Moriano, *La sustitución...*, *op. cit.*, p. 213

¹³¹ STS 165/2009, de 19 de febrero (ECLI:ES:TS:2009:1088)

¹³² J.A. Tomé García, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 124 y 148. Para el actor civil, también art. 320 LECrim.

¹³³ Así lo considera, respecto del Ministerio Fiscal, la FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre*, *op. cit.*, p. 17

Solaz y Jiménez Moriano¹³⁴ que procede, en el procedimiento abreviado, aplazar 10 días la sesión para que la defensa pueda preparar sus alegaciones y pruebas, si lo solicita, conforme al 788.5 LECrim.

Por último, y dado que, como se verá, la decisión de expulsión puede adoptarse tras la firmeza de la sentencia, también cabe solicitar la medida en ese momento¹³⁵. Hará falta, conforme al 89.3 CP, dar audiencia sobre el particular a las partes personadas.

2. Trámite de audiencia:

El artículo 89.3 CP solo exige expresamente audiencia de las partes cuando la decisión de expulsión se adopte tras la firmeza de la sentencia. En concreto, se refiere a la “*audiencia del Fiscal y las demás partes*”, lo que debemos entender que incluye, no solo a las partes acusadoras y al extranjero acusado, sino también, como deja claro Solaz Solaz¹³⁶, a “*la víctima, con la extensión y límites contemplados en el artículo 13 de la Ley 4/2015*”¹³⁷. Sin embargo, entiendo que el trámite de audiencia se debe exigir en todos los casos, no solo en los que el 89.3 CP establece expresamente, en base al principio de contradicción que rige el proceso penal. En el mismo sentido se pronuncian la FGE¹³⁸, Plasencia Domínguez¹³⁹, que da por hecho se trata de un olvido del legislador, y otros autores¹⁴⁰.

No puede olvidarse que, para el extranjero, el trámite de audiencia y el respeto al principio de contradicción forman parte de su derecho de defensa¹⁴¹. Por tanto, estoy de acuerdo con Plasencia Domínguez¹⁴² en que la omisión de la audiencia al penado debe conllevar la nulidad de la resolución que acuerda la expulsión, por haberse infringido una norma esencial del procedimiento, que causa indefensión al extranjero. En cuanto al trámite de audiencia, debe tratarse de un acto específico, no siendo “*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*”¹⁴³.

La audiencia es un trámite clave para evitar el automatismo de la expulsión, y su importancia deriva del hecho, ya comentado, de que la expulsión puede tener muy distinto contenido aflictivo según las circunstancias del caso y de la persona. En esa coyuntura, es esencial oír la opinión del propio extranjero al respecto. Si bien, como explica Hernández Oliveros¹⁴⁴, ni la oposición del penado impide

¹³⁴ O. Jiménez Moriano, *La sustitución...*, *op. cit.*, p. 214; E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 17

¹³⁵ O. Jiménez Moriano, *La sustitución...*, *op. cit.*, p. 214; E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 17

¹³⁶ E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 18

¹³⁷ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito

¹³⁸ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre*, *op. cit.*, p. 16

¹³⁹ N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, p. 22

¹⁴⁰ J.C. Hernández Oliveros, “La expulsión...”, *op. cit.*, pp. 15-16, E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 18

¹⁴¹ STS 644/2022, de 27 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2815)

¹⁴² N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, p. 23

¹⁴³ STS 17/2002, de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2002:238)

¹⁴⁴ J.C. Hernández Oliveros, “La expulsión...”, *op. cit.*, p. 4

adoptar la medida de expulsión, ni es obligatorio concedérsela si lo pide (pensemos en casos en los que resultara aplicable la excepción relativa vista en el apartado 5 de este trabajo).

3. Resolución:

a) Momento procesal:

Conforme al art. 89.3 CP, “*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 ejecución de la pena*”. Por tanto, la regla general debe ser decidir sobre la expulsión en la sentencia, y la excepción, solo cuando no sea posible hacer eso, esperar a la firmeza de la sentencia y adoptar la decisión en fase de ejecución mediante auto. En este segundo caso, deberá decidirse “*con la mayor urgencia*” y tras un trámite de audiencia de las partes (que, como he defendido, procede en todos los casos, no solo en este).

Tomé García¹⁴⁵, a quien sigo en este asunto, plantea varios casos en que no sería posible resolver en sentencia, y habría que hacerlo en fase de ejecución. El principal sería aquel en el que el Juez o Tribunal decide en la propia sentencia diferir la decisión a la fase de ejecución. A menudo, ello se deberá a que se han alegado circunstancias personales (como el arraigo) que impedirían la expulsión, pero no se han podido probar suficientemente¹⁴⁶. También suele ocurrir en casos de conformidad en juicio rápido¹⁴⁷, y cuando el juicio oral se celebre en ausencia del acusado, conforme al 786.1, párrafo 2º LECrim, y se pida la expulsión después de la calificación provisional (para que el acusado tenga oportunidad de pronunciarse sobre el particular). También procederá resolver sobre la expulsión en fase de ejecución cuando no se haya resuelto en la sentencia (por cualquier motivo), si el condenado pide entonces su expulsión. Otro caso puede ser aquel en que en la sentencia no se consideró posible la expulsión, por no darse los requisitos para ella, pero, a raíz de la estimación de un recurso contra la sentencia, resulta que sí se dan dichos requisitos¹⁴⁸. En un caso así, podría ser que las partes no se hayan pronunciado sobre la expulsión, por lo que, para que pudieran hacerlo, sería necesario resolver en fase de ejecución. El caso inverso también cabe: por ejemplo, un caso en que se acordara la expulsión, pero, en el recurso,

¹⁴⁵ J.A. Tomé García, “La expulsión de ciudadanos extranjeros sustitutiva de la pena de prisión: resolución en fase de ejecución”, *Revista Crítica Penal y Poder*, Nº 18, 2019, pp. 84-89

¹⁴⁶ En estos casos, el Juez podría, en vez de diferir la decisión a la fase de ejecución, decidir en la propia sentencia la expulsión, por considerar que no concurren esas circunstancias (que no se han logrado probar) o también rechazar la expulsión, si tiene dudas sobre si concurren o no, en base al principio *in dubio pro reo*.

¹⁴⁷ Donde, en la práctica, es común que la defensa pida un tiempo para poder demostrar circunstancias relevantes para evitar la expulsión (como el arraigo) y el Juez lo conceda. Véase O. Jiménez Moriano, *La sustitución...*, *op. cit.*, p. 214; E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 17

¹⁴⁸ Por ejemplo, si la pena impuesta no llegaba al año de prisión y, tras el recurso, supera esa barrera.

el Tribunal ad quem considerara acreditado el arraigo¹⁴⁹. Por último, habrá que resolver en fase de ejecución sobre la expulsión si el Juez o Tribunal olvidó pronunciarse en la sentencia sobre ello (si bien, en estos casos, también cabe completar la resolución, de oficio o a instancia de parte, conforme al art. 161 LECrim), o si se omitió el debido trámite de audiencia.

b) Motivación

Toda resolución judicial debe ser motivada (art. 120.3 CE). Pero, en las resoluciones que adopten la expulsión, la motivación cobra especial relevancia, dada la necesidad de huir del automatismo en la aplicación de la medida. Si la decisión de expulsión debe alcanzar un frágil equilibrio entre distintos derechos, fines y principios, es fundamental que el órgano judicial plasme en su sentencia su razonamiento para tratar de lograrlo. Por eso opina Jiménez Moriano¹⁵⁰ que la ausencia de motivación debe conllevar la nulidad de la medida de expulsión, y el cumplimiento de la pena de prisión.

d) Recursos:

Cuando la decisión de expulsión sea adoptada en sentencia, cabe recurso de apelación y, posteriormente, recurso de casación contra la sentencia dictada en apelación, conforme a las normas generales de la LECrim (arts. 790 y siguientes, 846 y siguientes para el recurso de apelación, 847 y siguientes para el recurso de casación). Sobre los Tribunales competentes para conocer se ha tratado en la letra a) de este apartado, siendo una cuestión que no presenta especialidades en esta materia.

Cuando la decisión se adopte en auto posterior a la firmeza de la sentencia, conforme al 89.3 CP, ese auto también será recurrible en apelación (arts. 790 y siguientes y 846 ter LECrim), ya que el pronunciamiento sobre la expulsión, conforme a la jurisprudencia, *“puede ser considerado como integrante de la propia Resolución condenatoria”*¹⁵¹.

Sobre la posibilidad de recurrir sentencias de conformidad, entienden algunos autores¹⁵² que, para que haya conformidad, el acusado tiene que conformarse con la pena y su calificación, pero que no tiene por qué hacerlo con la sustitución de la pena por expulsión. Por tanto, solo estaría vedado el recurso contra la sentencia de conformidad si el acusado se conformó con la sustitución por expulsión. Si no lo hizo, el 787.7 LECrim no sería obstáculo para que se recurra la sentencia (en lo relativo a la medida de sustitución, no en lo relativo a la calificación y con la pena, con las que sí ha habido conformidad).

¹⁴⁹ Aunque, en estos casos, a veces los Tribunales no consideran que haga falta resolver sobre la expulsión en fase de ejecución, sino que bastaría con dejar sin efecto la expulsión adoptada.

¹⁵⁰ O. Jiménez Moriano, *La sustitución...*, *op. cit.*, p. 217

¹⁵¹ STS 148/2008, de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2008:1311)

¹⁵² O. Jiménez Moriano, *La sustitución...*, *op. cit.*, p. 218; E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 20

9) Efectos de la expulsión:

a) Salida del territorio nacional:

El primer y más lógico efecto de la medida es la salida del extranjero del territorio nacional. Como explica Solaz Solaz¹⁵³, debe ampliarse la referencia al territorio nacional a todo el territorio europeo en el Espacio Schengen, dada la ausencia de controles internos dentro del mismo (por regla general)¹⁵⁴ y el reconocimiento mutuo de decisiones en materia de expulsión de ciudadanos de terceros países¹⁵⁵. Por tanto, procederá incluir al extranjero en la lista de no admisibles a la que se refiere el art. 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen. Ahora bien, entiendo que esto se refiere a casos en que se expulsa a extranjeros nacionales de países de fuera del Espacio Schengen. Cuando se expulsa a ciudadanos de países de Schengen, la expulsión solo implicará la salida del territorio español.

b) Archivo de procedimientos y responsabilidad civil:

Por disposición expresa de la ley, *“la expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España”* (89.6 CP)

Explica Solaz Solaz¹⁵⁶ que la expulsión conlleva también el archivo provisional de la ejecutoria penal, que devendrá archivo definitivo cuando transcurra el plazo de prescripción o el de prohibición de regreso a España (ya que, como se verá, el transcurso de este segundo plazo conlleva también extinción de la responsabilidad penal). Sin embargo, esto no impide que sigan tramitándose las piezas separadas de responsabilidad civil¹⁵⁷, de haberlas, para dar cumplimiento a los pronunciamientos civiles de la sentencia penal, puesto que puede haber en España bienes del penado susceptibles de embargo.

c) Prohibición de regreso a España:

1. Plazo:

Conforme al 89.5 CP, *“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”*. El plazo comienza a contarse desde la fecha de la expulsión efectiva, no desde la adopción de la decisión de expulsión. Esto es relevante, porque no será raro que se alargue el periodo transitorio entre la adopción de la medida y su ejecución (véase el apartado 10b).

¹⁵³ E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 20

¹⁵⁴ Véase art. 2 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985

¹⁵⁵ Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

¹⁵⁶ E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 22

¹⁵⁷ O. Jiménez Moriano, *La sustitución...*, *op. cit.*, p. 221-222; E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 22

Para determinar el plazo de prohibición de regreso, ha de atenderse a la duración de la pena sustituida y a las circunstancias personales del penado (entre ellas, se ha propuesto¹⁵⁸ atender especialmente al arraigo, aunque, obviamente, este no habrá sido suficiente para impedir la expulsión conforme al 89.4 CP). La FGE¹⁵⁹ establece una escala para determinar el plazo de prohibición de regreso, en base a la duración de la pena sustituida, si bien es meramente orientativa: para penas de hasta 2 años de prisión, 5 años de prohibición de regreso; para penas de más de 2 años, entre 6 y 9 años de prohibición y para penas de más de 5 años, 10 años de prohibición.

Concuerdo con Plasencia Domínguez¹⁶⁰ en que se vulneraría el principio acusatorio si el Juez o Tribunal estableciese un plazo de prohibición de regreso superior al pedido por las partes (pero no si estableciera uno inferior). Esta es la postura más coherente con la que he sostenido en el apartado 8b de este trabajo, según la cual solo cabe adoptar la medida de expulsión sustitutiva a instancia de parte.

También estoy de acuerdo con la citada autora¹⁶¹ en que, transcurrido el plazo de prohibición de regreso sin que se haya quebrantado (sobre el quebrantamiento me ocuparé a continuación), se extingue la responsabilidad penal (no otra cosa significa el que la expulsión “sustituya” a la pena de prisión), por lo que no cabría adoptar medida alguna si el extranjero decidiera regresar a nuestro país.

2. Quebrantamiento:

Hay que entender que el artículo 89.7 CP establece un régimen específico para el quebrantamiento de la medida de expulsión mediante el incumplimiento del plazo de prohibición de regreso a España. Por tanto, ese quebrantamiento no puede castigarse por vía del 468 CP (independientemente de cuál se considere que es la naturaleza de la medida de expulsión, aunque el 468 CP se refiere a “*condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia*”). Lo mismo opinan la FGE y varios autores¹⁶². Así pues, el Código regula específicamente las consecuencias de incumplir esa medida. Para exponerlas, seguiré la terminología de Solaz Solaz¹⁶³, que distingue entre quebrantamiento consumado e intentado.

a) Quebrantamiento consumado:

¹⁵⁸ S. Leganés Gómez, “La expulsión...”, *op. cit.*, p. 5

¹⁵⁹ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre*, *op. cit.*, p. 18

¹⁶⁰ N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, p. 16

¹⁶¹ N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, p. 16

¹⁶² FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre*, *op. cit.*, p. 20; N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, p. 17; E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 24

¹⁶³ E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 24-25

“Si el extranjero expulsado regresara a 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” (89.7, 1er párrafo CP).

Así pues, la regla general, cuando el extranjero logra entrar en España incumpliendo la prohibición de regreso es que cumpla las penas sustituidas. Esto es, según la FGE, lo característico de la sustitución penal: que *“el incumplimiento de la medida sustitutiva se resuelve mediante el cumplimiento de la pena sustituida”*¹⁶⁴. La excepción es que el Juez reduzca la duración de la pena, atendiendo a los criterios de la excepción relativa (apartado 5 de este TFG) y a las circunstancias del incumplimiento.

El amplio margen de discrecionalidad judicial que el artículo deja para reducir la duración de la pena a cumplir (ni siquiera se fija una duración mínima de la misma) ha provocado críticas¹⁶⁵ por la inseguridad jurídica que genera. La FGE¹⁶⁶ propone atender al tiempo durante el que se haya respetado la prohibición de regreso: no es lo mismo si se incumple al día siguiente o al poco tiempo de ser expulsado (en cuyo caso no procedería la reducción) o años después. En cuanto a las *“circunstancias en las que se haya producido el incumplimiento”* a las que se refiere el artículo, propone la Fiscalía distinguir en base a los motivos del incumplimiento: según si son espurios (como volver a delinquir en España) o socialmente admisibles (como el nacimiento de un hijo o atender a un familiar enfermo).

b) Quebrantamiento intentado:

“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” (89.7, 2º párrafo CP)

El citado artículo es suficientemente claro en torno a las consecuencias del quebrantamiento intentado (el que no se llega a consumir, porque el extranjero es sorprendido en la frontera). Simplemente, hace falta aclarar que, como explica Solaz Solaz¹⁶⁷, por *“frontera”* debe entenderse las fronteras exteriores del Espacio Schengen (si bien el autor se refiere a las fronteras de la UE, es más adecuado hablar del Espacio Schengen, puesto que hay países dentro de ese Espacio que no son miembros de la UE). El

¹⁶⁴ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 20

¹⁶⁵ E. Solaz Solaz, *“La sustitución...”*, *op. cit.*, p. 24-25

¹⁶⁶ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 21

¹⁶⁷ E. Solaz Solaz, *“La sustitución...”*, *op. cit.*, p. 25

motivo es que, como se ha visto, la regla general es la inexistencia de controles en las fronteras internas del Espacio Schengen, por lo que sería imposible que el extranjero fuera descubierto en la frontera (salvo en las excepciones en las que sí cabe establecer controles¹⁶⁸).

10. Ejecución de la expulsión:

a) En concurrencia con otras penas o con causas penales pendientes¹⁶⁹:

1) Con otras causas penales no finalizadas por sentencia firme:

Cabe ejecutar la expulsión sustitutiva ya impuesta en una causa, aunque se estén tramitando otras causas contra el mismo sujeto. Para ello, conforme al art. 57.7a LOEX, hará falta obtener la autorización de los Jueces o Tribunales que estén tramitando esas otras causas. La autorización la debe solicitar la autoridad gubernativa (Delegación o Subdelegación del Gobierno), y la concederá el Juez, oído el Ministerio Fiscal, *“en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días (...) salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación”*. Esto no será aplicable cuando las causas pendientes traten sobre los delitos de los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis CP (casi la misma lista que contempla el 89.9 CP, aunque no se incluye la trata de seres humanos del 177 bis CP). En esos casos, *“la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad”* (57.8 LOEX). Téngase en cuenta que, conforme al 89.9 CP, no cabe la sustitución por expulsión tratándose de estos delitos.

Es criticable que la redacción del 57 LOEX no se actualizara en consonancia con la reforma del CP por LO 1/2015. El artículo sigue hablando de delitos o faltas (cuando ya no existen las faltas), de procesos por penas privativas de libertad de menos de 6 años (que eran las susceptibles de sustitución por expulsión antes de la reforma, tras la cual el Código se refiere ahora a penas de prisión de más de 1 año, como se ha visto) y de los arts. 312, 313 y 318 bis CP, que eran los mencionados en el 89.9 CP, hasta que en 2015 se añadió el 177 bis CP a ese listado de delitos respecto de los que no cabe sustitución. No deja de ser preocupante que el legislador acometa reformas de calado de una institución en una ley y no actualice conforme a dichas reformas otras leyes relevantes para esa misma institución.

2) Con ejecución de penas no privativas de libertad impuestas en distinta causa:

Cuando se haya impuesto la expulsión sustitutiva en una causa y, en otras causas, penas no privativas de libertad, sostiene Plasencia Domínguez¹⁷⁰, con razón, que, aunque esas otras penas no privativas de

¹⁶⁸ Véase art. 2 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen

¹⁶⁹ Para la sistemática de este apartado sigo básicamente a Plasencia Domínguez (N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, pp. 24-25)

¹⁷⁰ N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, pp. 24-25

libertad no pueden sustituirse por expulsión, no cabe retrasar la ejecución de la expulsión. Según ella, en las penas no privativas de derechos puede plantearse, en algunos casos, su ejecución simultánea con la expulsión (como ocurre con las inhabilitaciones o con las privaciones del derecho a residir en determinados lugares). En otros casos, no cabrá ejecución simultánea (como en los trabajos en beneficio de la comunidad), pero ello no puede ser causa de retraso en la ejecución de la expulsión. Plantea la citada autora que sería conveniente una reforma en el sentido de renunciar al cumplimiento de esas penas no privativas de libertad en estos supuestos, idea que me parece razonable.

3) Con ejecución de penas privativas de libertad impuestas en distinta causa:

Si al penado, además de la expulsión sustitutiva, se le han impuesto en otra causa otras penas privativas de libertad, que no han sido sustituidas por cualquier motivo (por ejemplo, por tratarse de penas de prisión de menos de 1 año o de penas privativas de libertad distintas de la prisión, respecto de las que, desde la LO 1/2015, ya no cabe sustitución, o por haberse acordado la sustitución parcial por expulsión tras el cumplimiento de parte de la pena de prisión), debe ejecutarse la expulsión tras cumplirse dichas otras penas. Como explica Plasencia Domínguez¹⁷¹, tener que esperar al cumplimiento de dichas penas no implica que la expulsión devenga imposible de ejecutar, ya que se trata de una mera dificultad transitoria para ejecutarla, no de una imposibilidad (véase letra c de este apartado al respecto).

b) Periodo transitorio antes de la ejecución:

Con “periodo transitorio” me refiero al lapso de tiempo entre la adopción de la medida de expulsión y su ejecución, con la salida del extranjero del territorio nacional. Hay un plazo para materializar la expulsión, contemplado en la Disposición Adicional (DA) 17ª a la LO 19/2003¹⁷² (con un contenido que luego ha recogido el art. 257 RELOEX¹⁷³). Según estas normas, el órgano judicial debe comunicar a la autoridad gubernativa la sentencia por la que se acuerde la expulsión, que esta última debe llevar a cabo en el plazo más breve posible y, en todo caso, en 30 días, salvo causa justificada que lo impida (que debe comunicarse al órgano judicial). Es criticable la ubicación sistemática de estos preceptos, pues en vez de recogerse ese contenido en el 89 CP se hace en una LO de reforma de la LOPJ y en el Reglamento de desarrollo de la LOEX. Además, su redacción no se ha actualizado tras la reforma de 2015, y siguen refiriéndose a “*extranjeros no residentes legalmente*”.

¹⁷¹ N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, pp. 25

¹⁷² Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹⁷³ RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

En este apartado, me ocuparé de los problemas que pueden surgir en relación con este periodo transitorio, sobre todo cuando, por cualquier causa, se alargue mucho más de 30 días.

1. Aseguramiento cautelar de la expulsión:

Para evitar la fuga del extranjero desde que se decide su expulsión hasta que se ejecuta, se contempla su aseguramiento cautelar durante el periodo transitorio. Existen dos modalidades de aseguramiento cautelar, según dónde se ingrese al extranjero, si bien solo una la regula expresamente el CP.

a) Mediante ingreso en centro penitenciario:

Ya me he referido a la DA 17ª de la LO 19/2003 y al art. 257 RELOEX. Estas disposiciones, además de referirse al plazo de expulsión, establecen que *“la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión”*. Así, se constituye la primera modalidad de aseguramiento: mediante la ejecución de la pena de prisión impuesta.

Estoy de acuerdo con Plasencia Domínguez¹⁷⁴ en que, dentro del plazo de 30 días de las referidas disposiciones, o más allá de él siempre que haya una causa justificada, puede mantenerse la privación de libertad, que solo devendría ilegal si deja de haber causa justificada para no ejecutar la expulsión. Otra cuestión es la del abono del tiempo pasado en prisión, si finalmente no se puede ejecutar la expulsión. A ella me referiré más adelante.

b) Mediante ingreso en Centro de Internamiento de extranjeros (CIE):

A esta modalidad se refiere el art. 89.8, 1er párrafo CP al disponer 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, 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”*. Según el art. 62.2 LOEX, el internamiento durará el tiempo mínimo imprescindible, y 60 días como máximo.

La crítica más común a esta modalidad de internamiento puede encontrarse en la Circular de la FGE¹⁷⁵: los CIEs no son establecimientos de carácter penitenciario, y supone una perturbación importante en su funcionamiento el tener que alojar internos condenados por delitos junto a los que han cometido

¹⁷⁴ N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, p. 19

¹⁷⁵ FGE, Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, *op. cit.*, p. 19

meras infracciones administrativas (ni el personal ni la seguridad del centro están adaptados para ello). Por tanto, recomienda la Fiscalía limitar el internamiento en CIE a penados cuya pena sería susceptible de suspensión conforme a los artículos 80 y siguientes CP, pues esto será indicativo de la baja peligrosidad del sujeto. Estoy de acuerdo con esa opinión, si bien creo que se podría aplicar el internamiento en CIE a todo penado con baja peligrosidad (aunque no cumpla todos los requisitos de los arts. 80 y siguientes CP). Para los extranjeros de mayor peligrosidad, sería aplicable la modalidad de aseguramiento mediante ingreso en prisión.

En la aplicación de ambas modalidades de aseguramiento debe haber cierto grado de flexibilidad, en la línea de lo que apunta la FGE¹⁷⁶, para evitar el ingreso del penado en centro penitenciario o CIE, si está en libertad provisional y se puede confiar en que no habrá riesgo de fuga. Esto se hará por la vía de conceder un plazo de cumplimiento voluntario de la medida de expulsión. Si no se cumple el plazo, siempre cabe adoptar posteriormente el internamiento (en la modalidad que proceda). Esta flexibilidad tiene el apoyo del 89.8 CP (que dice que el Juez “*podrá acordar*” la medida) y de los arts. 63 bis.2 LOEX y 18.2 RD 240/2007, que prevén plazos de cumplimiento voluntario en supuestos similares.

2. Revisión de la decisión de expulsión:

Si entre la adopción de la medida de expulsión y su ejecución media un lapso de tiempo relevante (ya se deba a retraso en la ejecución o a que se haya acordado el cumplimiento parcial de la pena de prisión), puede ser que las circunstancias que llevaron a adoptar la medida hayan cambiado. Por ejemplo, si se consideró que no procedía aplicar la excepción absoluta (89.4 CP) por falta de arraigo, puede ser que en ese lapso de tiempo el extranjero haya formado una familia y conseguido trabajo, por lo que, en el momento de la ejecución, sí se le consideraría arraigado y ya no procedería la expulsión.

En estos casos, es común afirmar¹⁷⁷ que la decisión debe ser revisada, cuando el lapso de tiempo haya sido suficiente como para que quepa una modificación sustancial de las circunstancias. Esta revisión es obligatoria para ciudadanos de la UE y asimilados, cuando la expulsión se vaya a ejecutar más de 2 años después de acordarse¹⁷⁸, pero también procede con otros extranjeros, en base a la doctrina del TEDH. Por ejemplo, en un caso en el que la expulsión se ejecutó 4 años después de acordarse, por retraso del órgano que debía resolver el recurso contra la misma, el TEDH afirmó que no es “*admisibile*

¹⁷⁶ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 19

¹⁷⁷ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, op. cit.*, p. 18; J.C. Hernández Oliveros, “La expulsión...”, *op. cit.*, p. 16; O. Jiménez Moriano, *La sustitución...*, *op. cit.*, p. 219; N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, pp. 17-18; E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 20

¹⁷⁸ Art. 33.2 Directiva 2004/38/CE

*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*¹⁷⁹.

c) Imposibilidad de llevar a efecto la expulsión:

“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” (89.8, 2º párrafo CP).

El Código contempla, pues, tres posibles consecuencias de la imposibilidad de ejecutar la expulsión: cumplimiento total de la pena originariamente impuesta, cumplimiento del periodo de condena pendiente (para casos de sustitución parcial, en los que ya se ha cumplido parte de la pena y la otra parte se iba a sustituir por la expulsión, pero esta deviene imposible de ejecutar) o suspensión de la ejecución de la pena, conforme a los artículos 80 y siguientes CP. También cabe, como sostiene Solaz Solaz¹⁸⁰, la libertad condicional (arts. 90 y siguientes CP), puesto que, desde la reforma de 2015, es *“una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena”*¹⁸¹.

En cuanto a los motivos que pueden impedir ejecutar la expulsión, la FGE¹⁸² se refiere, entre otras, a causas materiales, como la negativa del Estado de origen a acoger al extranjero, imposibilidad de llevar a cabo el transporte, etc. Ya se vio también (apartado 7c de este trabajo) que, tratándose de extranjeros indocumentados o cuya nacionalidad u origen no pueda determinarse, casi siempre será imposible la expulsión, por no haber un Estado al que expulsarlos. Como explica Plasencia Domínguez¹⁸³, no puede confundirse *“imposibilidad”* con *“dificultad transitoria”*: lo que se está viendo aquí solo se refiere a casos de auténtica imposibilidad¹⁸⁴. En todo caso, no merecen el mismo tratamiento estas causas materiales independientes de la voluntad del extranjero que los supuestos en que la expulsión no se pueda llevar a cabo por obstruccionismo del sujeto. La FGE¹⁸⁵ defiende, con razón, tener en cuenta

¹⁷⁹ STEDH de 15 de julio de 2003, asunto *Mokrani c. Francia*, citada en FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre*, *op. cit.*, p. 9

¹⁸⁰ E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 23

¹⁸¹ Preámbulo de la LO 1/2015

¹⁸² FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre*, *op. cit.*, p. 20

¹⁸³ N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica...”, *op. cit.*, pp. 21-22

¹⁸⁴ Respecto a esto, la citada autora menciona el AAP de Barcelona, sección 9ª, 686/2019, de 20 de diciembre (ECLI:ES:APB:2019:12035ª), en el que se consideró que el hecho de que se cancelaran 2 vuelos que debían trasladar al extranjero no es motivo de imposibilidad de ejecutar la expulsión, sino una mera dificultad transitoria. Debería haberse esperado a un tercer vuelo. Como dice la Audiencia, *“no cabe equiparar a una imposibilidad definitiva una dificultad organizativa temporal, pasajera o circunstancial”*

¹⁸⁵ FGE, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre*, *op. cit.*, p. 20

esa voluntad obstruccionista a la hora de decidir si se debe cumplir la pena o no, ya que, obviamente, será un factor desfavorable a la hora de conceder la suspensión o la libertad condicional.

Si la expulsión deviene imposible de ejecutar, y se acuerda el cumplimiento de la pena de prisión originalmente impuesta, surge la cuestión de si cabe descontar el tiempo que el extranjero pasó internado por aseguramiento cautelar. La respuesta es claramente afirmativa para el aseguramiento mediante ingreso en prisión, pues el tiempo que ha pasado el extranjero en prisión lo ha pasado en calidad de penado. Para la modalidad de ingreso en CIE, la respuesta es más dudosa, porque el legislador no lo prevé expresamente. No obstante, estoy de acuerdo con los autores¹⁸⁶ que afirman que debe abonarse ese tiempo, a semejanza de lo que ocurre con la prisión provisional (58 CP) y otras medidas cautelares (59 CP). En todo caso, sería preferible que se previera expresamente dicho abono.

11. Conclusión:

A lo largo de este trabajo, se han ido viendo los aspectos problemáticos de esta institución apuntados en la introducción. El problema en torno a la expulsión sustitutiva es claro: trata de lograr un frágil equilibrio entre una multitud de principios, fines y derechos que se deben compaginar, mientras se intenta al mismo tiempo servir a la política penitenciaria y de extranjería del Estado. La única manera cabal de lograr ese equilibrio tiene que ver con huir siempre de la aplicación mecánica y automática de la expulsión, sobre todo teniendo en cuenta que, como se ha ido viendo, puede ser mejor o peor que la alternativa (el cumplimiento de la pena de prisión), según las circunstancias del caso y del extranjero de que se trate. Esta necesidad de huir del automatismo es más acuciante si cabe tras la reforma del art. 89 CP por LO 1/2015, pues ahora cabe expulsar también a extranjeros con residencia legal. Por tanto, la variedad de situaciones que irán apareciendo en la práctica es mucho mayor que antes. En todo caso, no se puede olvidar que, aunque el legislador fije criterios para atender a las circunstancias particulares, hacerlo correctamente dependerá siempre, en última instancia, de un margen de arbitrio judicial (mayor o menor), pues solo puede atender correctamente a una situación quien la tiene delante.

¹⁸⁶ O. Jiménez Moriano, *La sustitución...*, *op. cit.*, p. 222; E. Solaz Solaz, “La sustitución...”, *op. cit.*, p. 24

BIBLIOGRAFÍA

a) Legislación

- 1) Derecho interno español:
 - Constitución Española (CE)
 - Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
 - Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.
 - Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP)
 - Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX)
 - Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (LO 1/2015)
 - Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana
 - Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882
 - Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria
 - Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil
 - Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito
 - Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida
 - Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo
 - Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (RELOEX)
- 2) Derecho de la Unión Europea:
 - Tratado de la Unión Europea (TUE) (versión consolidada)
 - Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (versión consolidada)
 - Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
 - Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países

- Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros
- 3) Tratados internacionales:
 - Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada el 28 de septiembre de 1954
 - Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes
 - Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo hecho en Bruselas el 17 de marzo de 1993
 - Acuerdo suscrito el 21 de junio de 1999 entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza

b) Jurisprudencia

- 1) Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:
 - STEDH de 11 julio 2002, asunto *Amrollahi c. Dinamarca* (demanda no. 56811/2000)
 - STEDH de 24 de marzo de 1988, asunto *Olsson c. Suecia* (demanda no. 13441/1987)
 - STEDH de 15 de julio de 2003, asunto *Mokrani c. Francia*
- 2) Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE (antiguo TJCE):
 - STJCE de 4 de octubre de 2007, *C-349/06, Polat*
 - STJCE de 10 de julio de 2008, *C-33/07, Jipa*
 - STJUE de 23 de noviembre de 2010, *C-145/09, Tsakouridis*
 - STJUE de 15 de noviembre de 2011, *C-256/11, Dereci y otros*
 - STJUE de 17 de noviembre de 2011, *C-430/10, Gaydarov*
 - STJUE de 22 de mayo de 2012, *C-348/09*
 - STJUE de 16 de enero de 2014, *C-400/12, G*
- 3) Sentencias y Autos del Tribunal Constitucional:
 - STC 242/1994, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:1994:242)
 - ATC 106/1997, de 17 de abril (ECLI:ES:TC:1997:106A)
 - STC 236/2007 de 7 noviembre (recurso de inconstitucionalidad 1707/2001)
 - ATC 180/2015, de 3 de noviembre (ECLI:ES:TC:2015:180^a)
- 4) Sentencias y Autos del Tribunal Supremo:
 - STS 17/2002, de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2002:238)
 - STS 901/2004, de 8 de julio (ECLI:ES:TS:2004:4932)
 - STS 1231/2006, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:7992)
 - STS 166/2007, de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:1218)

- STS 148/2008, de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2008:1311)
- STS 165/2009, de 19 de febrero (ECLI:ES:TS:2009:1088)
- STS 442/2011, de 9 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:3364)
- STS 132/2014, de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:646)
- STS 483/2016, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2731)
- STS 221/2017, de 29 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:1177)
- STS 164/2018, de 6 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1375)
- STS 397/2018, de 11 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3146)
- STS 893/2018, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2018:2041)
- ATS 912/2018, de 19 de abril (ECLI:ES:TS:2018:8410A)
- STS 233/2020, de 26 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1600)
- STS 368/2020, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2161)
- STS 213/2021 de 10 marzo (ECLI:ES:TS:2021:900)
- STS 344/2021, de 26 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1698)
- STS 644/2022 de 27 junio (ECLI:ES:TS:2022:2815)
- 5) Sentencias de la Audiencia Nacional:
 - SAN 23/2016, de 29 de julio (ECLI:ES:AN:2016:3231)
- 6) Autos de Audiencias Provinciales:
 - AAP de Barcelona, sección 9ª, 686/2019, de 20 de diciembre (ECLI:ES:APB:2019:12035ª)

c) Doctrina

- Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, firmado el 17 de diciembre de 2013
- Fiscalía General del Estado, *Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración*
- Fiscalía General del Estado, *Circular FGE 7/2015, de 17 de noviembre, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por LO 1/2015*
- J.C. Hernández Oliveros, “La expulsión de cada vez más ciudadanos extranjeros implicados en hechos delictivos”, *La Ley Penal*, Nº 138, Sección Legislación aplicada a la práctica, Mayo-Junio 2019
- F.J. Izquierdo Escudero, “Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-288, tomo 5, 1997

- O. Jiménez Moriano, *La sustitución y la suspensión de las penas*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2022
- S. Leganés Gómez, “La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015”, *Diario La Ley*, N° 8579, Sección Doctrina, 9 de julio de 2015, Ref. D-275, LA LEY, 2015
- S. Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2015
- N. Plasencia Domínguez, “Guía Práctica para las expulsiones judiciales sustitutivas del artículo 89 del Código Penal”, *Diario La Ley*, N° 9639, Sección Doctrina, 25 de mayo de 2020
- J. Sánchez Melgar, “La LO 1/2015, de Reforma del Código Penal en materia de expulsión sustitutiva de la pena. Art. 89 CP”, *Jornadas de Fiscales especialistas de Extranjería*, Centro de Estudios Jurídicos, 2015
- M. del V. Sierra López, “Algunas cuestiones en relación con la expulsión del extranjero del territorio nacional como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo”, en J. Del-Carpio-Delgado y P. García Álvarez, *Derecho Penal: La Espada y el Escudo de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018
- E. Solaz Solaz, “La sustitución de la pena por la expulsión de extranjeros en el proceso penal”, *La Ley Penal*, N° 144, Sección Legislación aplicada a la práctica, Mayo-Junio 2020
- J.A. Tomé García, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Dykinson, Madrid, 2019
- J.A. Tomé García, “La expulsión de ciudadanos extranjeros sustitutiva de la pena de prisión: resolución en fase de ejecución”, *Revista Crítica Penal y Poder*, N° 18, 2019, pp. 82-93