

# **JUECES *para la* DEMOCRACIA**

## **JORNADAS DE LA COMISIÓN PENAL DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA**

17 y 18 de diciembre de 2012

Ciudad de la Justicia

Valencia

### **PONENCIA**

#### **SUSTITUCIÓN DE LA PENA POR EXPULSIÓN:**

**principio de proporcionalidad, audiencia del acusado y del penado, distintas  
fases procesales (art. 89 CP)**

***Montserrat Comas d'Argemir, Carmen Sánchez-Albornoz y Eduardo Navarro***

***Magistradas/o Audiencia Provincial de Barcelona***

## **I. INTRODUCCIÓN: CAMBIOS INTRODUCIDOS EN LA LO 10/2010, DE 22 DE JUNIO.**

La sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión del territorio nacional de los extranjeros no residentes legalmente en España responde a una opción político-criminal en la que prima una política de extranjería que quiere evitar que puedan permanecer en España o regresar a este país quienes no reúnen los requisitos legalmente previstos para residir legalmente en él. Sin embargo para otros, su motivación es más por razones de política penitenciaria – desmasificar los centros penitenciarios- que de política criminal orientada a la consecución de un efecto preventivo general. Dicha sustitución está prevista en el art. 89 del Código Penal que ha sido modificado en varias ocasiones, desde su introducción por las LLOO 8/2000, 11/2003 y 5/2010. El actual redactado del art. 89 CP, conforme a la LO 5/2010, de 23 de junio<sup>1</sup>, introduce en relación al anterior texto legal varias modificaciones:

---

<sup>1</sup> Art. 89. 1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal, y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

2. 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 sujeto.

3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

6. 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.

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

1) la exigencia expresa de la audiencia previa del penado y de las partes personadas, además del Ministerio Fiscal. La expresión en el art 89.1 del “penado” es a todas luces improcedente, ya que no se compadece con la fase procesal previa al dictado de la sentencia, donde no hay otro estatus jurídico-procesal que el de “acusado”.

2) la eliminación de la referencia al carácter excepcional del cumplimiento de la condena en España, sustituyendo la mención anterior *“salvo que la naturaleza del delito justifique el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”* por el de *“salvo que se aprecien razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”*.

3) la introducción de la posibilidad de acordar la expulsión en un auto motivado posterior a la sentencia en el trámite de ejecución de la misma, cuando en el anterior texto solo se podía acordar en sentencia.

4) la modificación de los plazos de duración de la expulsión

5) la regulación expresa de las consecuencias del regreso a España del extranjero expulsado

6) la aplicación de los arts. 80 a 88 CP cuando no pueda llevarse a efecto la expulsión acordada, sustituyendo la anterior prohibición expresa de la aplicación de dichos preceptos.

7) la ampliación de los supuestos en los que puede acordarse la expulsión tras el cumplimiento parcial en España de las penas privativas de libertad impuestas junto con la modificación del listado de delitos respecto de los cuales no puede sustituirse la pena impuesta por expulsión;

8) la introducción en el CP del ingreso del condenado en un centro de internamiento para extranjeros con el fin de asegurar la expulsión.

En este trabajo no vamos a abordar todas las modificaciones descritas, sino que vamos a centrar el análisis: 1) al apartado primero y su vinculación al principio de proporcionalidad, además de los de prevención general y especial; 2) la introducción de la audiencia preceptiva para el acusado, Ministerio Fiscal y demás partes personadas previo a resolver la petición de la sustitución; 3) el apartado quinto, respecto a la posibilidad de acordarla “al penado” cuando acceda al tercer grado o se cumplan las tres cuartas partes de la condena y 4) el

---

7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código.

texto del Anteproyecto de reforma del CP de 2012 aprobado en el Consejo de Ministros.

## **II. SITUACIONES QUE SE REGULAN EN EL APARTADO 1 DEL ART. 89 CP**

El Apartado 1 es aplicable a los supuestos en los que el extranjero es condenado a una o varias penas privativas de libertad inferiores a 6 años, siempre que el extranjero no resida legalmente España. Por penas privativas de libertad ha de entenderse las que se definen como tal en el art. 35 del CP -pena de localización permanente y la responsabilidad subsidiaria por impago de la multa-, además de las penas de prisión (art. 36).

Pero a diferencia del texto anterior en el que solo podía acordarse la sustitución en Sentencia, el actual redactado introduce dos nuevas opciones: a) que se acuerde en ejecución de Sentencia la sustitución integral de la pena mediante Auto antes de iniciar la ejecución de la pena (ap. 1); y b) tras el cumplimiento parcial de la condena o bien por haber alcanzado el tercer grado o por haber cumplido las tres cuartas partes de la condena (ap 5).

La medida de seguridad de sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión está sujeta al principio acusatorio, a fin de garantizar el derecho de contradicción y defensa; extremo que no ofrece dudas judiciales interpretativas.

El criterio de diferir la decisión a la fase de ejecución de Sentencia es apropiada cuando el Juzgador o Tribunal no tenga los elementos de juicio necesarios. Ello puede suceder en los casos de celebración del juicio en ausencia del acusado, ó por no haberse practicado prueba alguna de sus circunstancias personales y de arraigo, o carecer de la prueba necesaria respecto a su situación administrativa (STS 792/2008). Este es también el criterio sostenido en la Circular de la FGE nº 5/2011.

Hay un sector de la Judicatura que, entiende que el segundo párrafo del art. 89.1 no está previsto únicamente para la sustitución íntegra de la pena, sino también para la sustitución parcial de la misma en momentos procesales anteriores a los específicamente previsto en el art. 89.5 CP –tercer grado o cumplimiento de las tres cuartas partes-. Dos argumentos respaldarían esta postura: a) el precepto no lo condiciona a que deba hacerse antes del inicio de la ejecución de la pena y b) su ámbito de aplicación –penas inferiores a seis años- es distinta a la contemplada en el art. 89.5 CP –para cualquier pena privativa de libertad-.

El momento procesal de valoración de la situación administrativa de la ilegalidad de la residencia del extranjero es la del momento en el que debe acordarse la medida de expulsión, es decir en la fecha en la que se realiza el juicio, o si se ha diferido a la fase de ejecución en el momento de dictarse el correspondiente auto, dado que la ley no exige que sea en el momento de comisión del delito. El fundamento de este criterio reside en que no se trata de una pena sino de una

medida de seguridad y, en consecuencia deben tenerse en cuenta las posibles modificaciones de su situación administrativa y personal que se hayan producido desde que cometió el delito (STS 792/2008). Es también el criterio que se sustenta en la Circular de la FGE nº 5/2011 de Criterios para la Unidad de Actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Extranjería e Inmigración.

La reforma del 2010 mantiene el mismo carácter imperativo de la expulsión, al igual que en el anterior texto vigente hasta el 22 de junio del 2010<sup>2</sup>, al emplear en ambos textos el término “serán sustituidas”, a pesar de que la jurisprudencia de la Sala II del TS, recogiendo la del TEDH, ha venido matizando el pretendido “automatismo del legislador”, admitiendo que se pueda denegar la sustitución cuando vulnere los derechos fundamentales del condenado y, por ello exigía la audiencia de aquél y la motivación de la decisión (STC 203/97) y SSTS 901/04, 8-7; 514/2005, 710/2005, 366/2006; 35/07, 25-1; 832/06, 24-7; 274/06, 3-3; 514/05, 22-4; 165/09, 19-2.

La propia Circular de la Fiscalía General del Estado, dictada a tenor del anterior texto, nº 2/2006 también admitía la necesidad de ponderar las concretas circunstancias del penado. Así en su apartado I.3.3 dice *“... para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante (...)”*

La nueva referencia a *“las razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español”* es más amplia que la anterior referencia a *“la naturaleza del delito”* del art. 89.1 CP. En nuestra opinión dentro de las “razones” que pueden fundamentar la denegación de la sustitución de la pena de prisión por expulsión, deberían incluirse dos opciones por razones jurídicas distintas, tendentes a compatibilizar los objetivos de la política de inmigración con:

- 1) La finalidad de garantizar la prevención general y especial en función de la gravedad y naturaleza del delito, pudiendo optar en este caso por la ejecución de la pena de prisión cuando su sustitución por la expulsión menoscabe gravemente la función preventiva del Derecho penal (SSTS

---

<sup>2</sup> Desde la LO 11/2003, de 29 de septiembre, vigente desde el 1-10-2003 el art. 89.1 decía “Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio nacional, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”.

366/06, de 30-3; 1189/05, de 24-10; 906/05, de 8-7, 1249/04, de 28-10) en la línea que se defiende en la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011.

- 2) La finalidad de garantizar los derechos familiares y de arraigo del condenado en los delitos de carácter menos grave, en aplicación del principio de proporcionalidad, tal y como analizaremos.

Respecto a la primera no parece que existan grandes discrepancias en los criterios judiciales empleados por los órganos jurisdiccionales. Y, ello porque es pacífica la jurisprudencia que en delitos de tráfico de drogas en cantidades intermedias de sustancias que causan grave daño a la salud, se viene declarando que la sustitución de la pena por la expulsión excluiría el efecto coercitivo y disuasorio de la norma penal, ya que los ciudadanos procedentes de países donde se produce o se comercia con tal sustancia, adquirirían la convicción de que tienen una especie de licencia para la comisión de una primera acción delictiva, cuya pena quedaría inejecutada, quedando afectado el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal, conllevando una pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como graves.

Y, en otro tipo de delitos de cierta gravedad, con penas privativas de libertad de dos hasta seis años de prisión, el automatismo puede generar situaciones de impunidad, diluyéndose en gran medida la función coercitiva y disuasoria de la norma penal frente a acciones delictivas de grave entidad.

Sin embargo, la segunda opción, que afecta a delitos de carácter menos grave, es más mucho más compleja. Muchos jueces de los correspondientes órganos de enjuiciamiento de delitos y faltas cometidas por extranjeros en situación de irregularidad, acuerdan de forma automática la sustitución al entender que es un mandato imperativo del legislador a la vista de la literalidad del art. 89 CP. No compartimos este criterio por las razones que expondremos.

### **III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.**

El principio de proporcionalidad no está recogido en la Constitución. Sin embargo no puede dudarse de su vigencia en nuestro sistema jurídico penal en su doble proyección frente al legislador a la hora de fijar los delitos y las penas, y frente al juzgador a la hora de individualizar judicialmente la pena. La STS 53/1985 establece que *"...el legislador ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento...."*. La STS 827/2010 establece que dicho principio se proyecta en dos ámbitos: el grado de culpabilidad del sujeto y la gravedad del hecho, ya que en definitiva la culpabilidad y la gravedad son las medidas de la respuesta penal. En la misma línea la STS 884/2011, de 22 de julio

También la doctrina del Tribunal Constitucional ha reconocido la vigencia de este principio, y en relación al legislador, la STC del Pleno 136/1999 -asunto mesa nacional de HB-, recordando la 55/1996, establece con respecto al principio de proporcionalidad en relación a los derechos fundamentales, lo siguiente

*“d) La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su art. II-109 -Título VI-, reconoce los principios de legalidad y de proporcionalidad de delitos y penas"...la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción...."*

*e) Del propio modo, la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, y por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, en su art. 49, tras disponer la aplicación retroactiva más favorable al reo se proclama en su apartado 3 que "la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción".*

El carácter imperativo utilizado en el art. 89.1 CP *“las penas privativas de libertad inferiores a seis años....serán sustituidas”*, arranca con la reforma de la LO 11/2003, que entró en vigor el 1-10-2003, supuso una importante variación dado que el carácter de la sustitución era anteriormente potestativo y supeditado a la audiencia previa del penado (CP de 1995). A partir de la reforma LO 11/2003 pasó a configurarse la expulsión como norma general y el cumplimiento de la pena como su excepción. La reforma realizada por LO 5/2010 recupera el trámite de la audiencia del acusado, aunque causa perplejidad que mencione del “penado” –término que ya hemos dicho es claramente erróneo cuando lo utiliza en el apartado 1 y no conciliable en el momento procesal previo al juicio. El trámite de “audiencia” se trata en otro apartado específico.

Puede objetarse que el principio de proporcionalidad solo es aplicable a las penas (relacionadas en el art. 33 y 39 CP) y no a las medidas de seguridad, tales como la expulsión del territorio nacional (art. 96.3 2º). Sin embargo, veremos que para la doctrina jurisprudencial ello no es así. A mayor abundamiento, a excepción de los casos en los que el penado está de acuerdo con la expulsión, la medida de expulsión no debe ser considerada como un beneficio, en primer lugar por los periodos largos de duración que pueden imponerse, en segundo lugar porque de acuerdo con el apartado 3 del art. 89 *la expulsión lleva consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España*. Y, en tercer lugar, por la situación de extrema pobreza existente en muchos de los países de los que proceden la mayoría de extranjeros y de los que han huido precisamente para poder sobrevivir.

Dicho principio puede quedar afectado: a) en la sustitución de penas privativas de libertad, no de prisión, tales como la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa; b) en la sustitución

de penas cortas de prisión en delitos de carácter menos grave; c) cuando el penado se encuentra en situación de libertad condicional- (art. 89.5 CP) por el hecho de haber cumplido una buena parte de la pena, lo que provocará que la expulsión no sea una medida sustitutiva, sino acumulativa y d) en los supuestos en los que el condenado haya estado en un largo periodo de prisión provisional (art. 58 CP). En este último sentido, según sea la duración de la pena privativa de libertad impuesta y el periodo de prisión provisional cumplido, imponer la sustitución por expulsión de facto comportará un incremento de la sanción al sumar a la pena ya cumplida una medida de seguridad, pudiéndose también el principio de prohibición del non bis in idem (STC 145/2006).

En efecto, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de la Sala II del TS, aplicada desde la LO 11/2003 ha venido criticando de forma explícita el automatismo legal introducido y, considera que al no poder obviarse la aplicación de los principios de proporcionalidad y la legislación relativa a los Tratados Internacionales ratificados por España en materia de garantías constitucionales, ha venido reiterando la necesidad de ponderar la situación personal individualizada de cada acusado y ha venido de esta forma suavizando la literalidad de la norma estableciendo importantes excepciones a su aplicación (STS nº 901/2004, de 8 de julio; la nº 906/2005, de 17 de mayo y nº 166/2007 de 14 de febrero, la nº 853/2010, de 15 de octubre).

La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la interpretación del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (901/2004, 601/2006, 35/2007 y 125/2008) exige la valoración de cualquier circunstancia personal del condenado, previo a decidir su expulsión del país en el que reside. En el mismo sentido la STC 242/1994, de 20 de julio. Y, dentro de estas circunstancias personales se ha venido poniendo el acento en los conceptos de arraigo o convivencia familiar y las consecuencias negativas de la separación de los componentes del grupo familiar (STS 791/2010) y el de arraigo social o tiempo de permanencia en nuestro país (STS 200/2007).

La STS 1116/2007, de 29 de noviembre sentaba que *“dentro del expuesto marco normativo la Jurisprudencia de esta Salas se ha cuidado de remarcar dos vectores que principalmente inciden en la cuestión que nos ocupa: a) la necesidad de respetar los derecho vinculados al proceso debido, como la motivación y la previa audiencia, y de ponderar otros derechos como los relacionados con el arraigo personal y familiar y b) la necesidad de atender a las diversas funciones de la pena en la política penal y penitenciaria”*.

La importante STS nº 853/2010, de 15 de octubre, argumenta acerca de la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 del C. Penal, en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia se huya de cualquier automatismo. De esta forma considera que hay valores con relevancia constitucional tales como el arraigo del extranjero en España, o la



unificación familiar (art. 39.1 y 4 CE), que deben ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión.

De esta forma en el FD 4 se establece *“...se amplíe la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de 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. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos fundamentales en conflicto”*.

### **III. 1. Penas de prisión inferiores a dos años susceptibles de ser suspendidas o sustituidas (arts. 80, 81 y 88 CP)**

La reforma del 2010 ha introducido un cambio importante respecto al anterior texto, aunque manteniendo un redactado claramente regresivo. De esta forma el segundo apartado del nº 6 del art. 89.6 CP del 2010 establece *“En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código”*

Se supera la prohibición que contenía el texto anterior a la reforma contenida en en el art. 89.1 *“la expulsión se llevará a cabo sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80,87 y 88 del Código Penal”*.

El texto actual recoge el criterio de la Circular de la FGE 2/2006, al ser efectivamente insostenible que si no podía cumplimentarse la expulsión, no le fueron de aplicación al penado los preceptos relativos a la suspensión y sustitución en penas cortas de prisión : *“... la regulación establecida en el tercer párrafo del art. 89.1 CP se está refiriendo a una expulsión posible, para descartar que pueda dejarse de practicar por aplicación de los preceptos penales que rigen la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad o su sustitución por otras penas menos gravosas, no obstante reunir el penado extranjero los requisitos legales para ello; sin embargo, el último párrafo del art. 89.1 CP constituye una cláusula de cierre que sólo es aplicable cuando la expulsión no es posible, en cuyo caso nada obsta a que se apliquen, en su caso, las previsiones establecidas en los arts. 80, 87 y 88 CP”*.

Respecto a las penas susceptibles de ser suspendidas o sustituidas conforme a las reglas del art. 80 y 87 del CP, la literalidad de la norma actual entra en total confrontación con el principio de proporcionalidad, y del respeto al principio de

igualdad dado que el mismo delito puede aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero que reside ilegalmente, al que se le veda cualquier opción de resocialización con independencia de que por la vía administrativa prosiga el expediente administrativo sancionador.

La anteriormente referida STS nº 853/2010, de 15 de octubre, a pesar de la prohibición contenida en el anterior texto, invita a que se examine como circunstancia a tener en cuenta cada caso si la pena es susceptible de ser suspendida o sustituida y recogiendo lo ya dicho en la STS 949/2009 de 28 de septiembre establece *"No cabe duda que la aplicación de los dos primeros párrafos del art. 89 del C. Penal a partir de la reforma por Ley Orgánica 11/2003 ha evidenciado su difícil compatibilidad con los fines del ordenamiento jurídico penal y ha obligado a seguir diferentes criterios interpretativos dependiendo de la cuantía de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia. Y así, en lo que respecta a la ejecución de las penas de prisión inferiores a dos años, al hallarnos en un tramo donde el texto penal prioriza la reinserción del penado a través de la suspensión de condena y de los sustitutivos penales, ha sido preciso individualizar el entorno personal y social del extranjero para ajustar la aplicación del art. 89 a las exigencias del principio de proporcionalidad"*.

Por otra parte la literalidad de dicha regulación legal, junto con la fórmula imperativa "serán sustituidas" infringe el principio de proporcionalidad, al tener las mismas consecuencias la condena por un delito de hurto castigado con una pena de prisión de seis a dieciocho meses (art. 234 CP) que la condena por un delito de robo con intimidación con una pena de dos a cinco años de prisión (art. 242 CP). Tampoco se distingue al que delinque por primera vez respecto al reincidente, cercenando cualquier posibilidad de reinserción en los delitos de carácter menos grave y, sin tener en cuenta su integración social, aunque se trate de un extranjero que trabaje y viva con su familia en España.

En definitiva la doctrina expuesta aporta razones jurídicas para argumentar que la medida de seguridad de "sustitución por expulsión" no se aplique de forma automática, aún cuando literalmente pareciera entenderse que hubiera de ser así con la lectura del precepto aplicado. Y, ello a fin de no vulnerar derechos fundamentales del penado tutelados por la Constitución y los convenios internacionales suscritos por España, entre ellos el Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Roma, 1950 que en su art. 8 establece el derecho a la vida privada y familiar. Por ello entendemos:

1. Que la doctrina jurisprudencial expuesta, contraria al automatismo, es plenamente aplicable al actual texto del art. 89 CP después de la reforma LO 5/2010, dado que la misma analiza hechos posteriores a la reforma del 2003 donde ya se utilizaba por el legislador el mismo término imperativo "serán sustituidas".
2. En base a dicha doctrina, debe seguirse realizando una interpretación del art. 89 CP en clave constitucional, aplicando los principios de prevención general y especial, de proporcionalidad, de igualdad, de reinserción social

de las penas y de los valores de arraigo social e unificación familiar, ponderando en cada caso los bienes en conflicto.

#### **IV. EL TRÁMITE DE AUDIENCIA**

El principio de contradicción, instaurado en el proceso penal, es exigencia y requisito ineludible del derecho al proceso debido y al derecho de defensa.

La expulsión del territorio nacional, aun cuando no se configure como pena, si es una consecuencia jurídica del delito y por tanto debe participar de las mismas garantías constitucionales.

Es en este contexto en el que debemos analizar el trámite de audiencia no solo al Ministerio Fiscal, derivado en este caso del principio acusatorio, sino respecto al penado que es consecuencia del bloque constitucional de derechos que le asisten, y en especial de su derecho de defensa, pues en definitiva la expulsión por vía de sustitución – 89.1 y 89.6- está íntimamente vinculado con el derecho a la individualización judicial de las penas, que es de aplicación a las medidas sustitutivas de la prisión, pues forman parte de la pena.

El hecho de que el texto del CP, en el periodo comprendido entre la entrada en vigor de la LO 15/2003 y el de la LO 5/2010, no contuviera la mención expresa a la audiencia del penado no ha sido obstáculo para que la doctrina, de forma unánime, y siguiendo la línea anterior a dicha reforma, haya instaurado el requisito de la audiencia previa.

En este punto fue paradigmática la STS 901/2004, que recordaba que todo juicio es un concepto esencialmente individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la pena, es obvio que también debe serlo aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión, y con fundamento en la Jurisprudencia del TEDH establecía “para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad.

Doctrina consolidada entre otras por STS 906/2005, 832/2006, 35/2007, 125/2008 y 25/2011, entre otras.

El nuevo texto legal, tras la reforma operada por LO 5/2010 introduce nuevamente la audiencia del penado y de las demás partes personadas, pero no

solo para la sustitución en sentencia, sino que esta audiencia también es exigida en la sustitución una vez iniciado el cumplimiento de la pena y se alcanzan las tres cuartas partes de la condena o el penado ha sido clasificado en tercer grado.

En resumen, la doctrina del TS hace pivotar la expulsión del extranjero como sustitución de la pena privativa de libertad impuesta en tres elementos claves: a) debate contradictorio, b) resolución motivada y c) audiencia del penado. (SSTS 588/2012, de 29 de junio, 1027/2009, de 22 de octubre, 710/2005, de 7 de junio, entre otras).

La cuestión estriba en determinar en que consiste este trámite de audiencia, como se debe practicar y en qué momento procesal debe darse este trámite de audiencia, pues como mecanismo para alcanzar el debate contradictorio en que se debe fundar la resolución, participa de la naturaleza de las comparecencias o vistas orales.

#### . Audiencia insertada en el juicio oral

El trámite de audiencia se produce normalmente y la cuestión no suscita problema alguno cuando, como suele ocurrir en la mayoría de los supuestos, la petición de expulsión se contiene en el escrito de calificaciones provisionales, pues el penado, antes del juicio oral, tiene conocimiento de esta petición de expulsión, puede someterla a debate en el dicho acto, y puede proponer prueba en defensa de sus alegaciones a practicar en el propio acto del juicio oral.

La primera cuestión que surge hace referencia a sí debe entenderse celebrada esta audiencia cuando el extranjero no comparece a juicio oral, y no ha sido citado personalmente, sino en domicilio designado en la primera comparecencia, pues el juicio oral puede celebrarse y de hecho se celebra en ausencia, por la previsión legal del artículo 757 y 786.1 de la Lecrim, pues ciertamente la medida de seguridad es una consecuencia jurídica del delito, y lo normal es que no se haya apercibido al imputado, en su primera comparecencia, de la posibilidad de que pueda ser expulsado del territorio español por un periodo de cinco a diez años.

Cierto es que formalmente el imputado, cuando es acusado, debe tener conocimiento de la pretensión acusatoria, pero no hay una exigencia formal de notificación personal del auto de apertura del juicio oral, y en la mayoría de los casos de este tipo de acusados extranjeros, el letrado desconoce su paradero.

Ahora bien, como la sustitución debía efectuarse necesariamente en sentencia, se generaba una situación de indefensión, por ausencia de debate contradictorio. Así lo había dicho la doctrina del TC, entre otras la STC 110/2009 en la que otorga el amparo en caso de sustitución en auto posterior a la sentencia, y una vez iniciado el cumplimiento de la pena, “el art. 89.1 CP establece que la controvertida sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España debe ser acordada

en la propia Sentencia condenatoria siempre que la pena de prisión sea inferior a seis años, permitiendo excepcionalmente que pueda serlo en fase de ejecución únicamente en el caso de que la pena privativa de libertad sea superior a seis años y siempre, además, a petición del Ministerio Fiscal.

Comoquiera que en el presente caso, según se ha recordado, la pena de prisión impuesta originariamente al demandante de amparo fue de dos años y la controvertida sustitución de dicha pena por su expulsión del territorio nacional fue acordada, no en la propia Sentencia condenatoria, sino mediante Auto dictado en fase de ejecución del cumplimiento de la condena, es patente que los Autos impugnados se fundan en una interpretación manifiestamente irrazonable del citado art. 89.1 CP. Por añadidura, al igual que en la citada STC 145/2006, de 8 de mayo, importa notar también ahora que en rigor ni siquiera estamos ante una verdadera y propia sustitución, sino que, al haberse ya iniciado el cumplimiento de la pena privativa de libertad por el recurrente, lo que se produce en realidad es una acumulación sucesiva de dicha pena con la medida de expulsión, consecuencia que tampoco en modo alguno se desprende del citado art. 89.1 CP”.

El cambio legislativo operado con la LO 5/2010 al posibilitar la sustitución después de sentencia, permite eludir la obligatoriedad de efectuar la sustitución en sentencia, pues el párrafo segundo del artículo 89.1 establece un segundo momento en el que puede acordarse, de tal forma que el penado puede ser convocado a este trámite de audiencia, tras la celebración del juicio al que no ha acudido.

- Audiencia posterior al juicio oral

Introducida la posibilidad de la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión después de sentencia y mediante auto motivado, en la LO 5/2010, la exigencia de audiencia se mantiene, la sustitución podrá acordarse con posterioridad a la sentencia, en un incidente de ejecución, que corresponderá resolver al juez de la ejecución.

Esta posibilidad, evitará que la falta de audiencia o la limitación de los principios de contradicción y defensa, puedan generar indefensión, pues ningún obstáculo hay, para que a partir de la reforma, la sustitución se acuerde en un trámite posterior a sentencia, así sin ánimo de exhaustividad podemos citar los siguientes supuestos:

Casos en los que se la expulsión sustitutiva se insta después de sentencia. La sustitución se acuerda una vez iniciada la ejecución de la pena impuesta. Estaríamos ante los supuestos previstos en el artículo 89.6

Casos en los que la petición de expulsión se efectúa en el propio acto del juicio oral. Estamos ante aquellos supuestos en los no se ha solicitado en conclusiones provisionales, y se introduce bien en fase de cuestiones previas, o en su defecto,

y como último momento, en conclusiones definitivas. Finalizado el juicio oral y dictada sentencia la petición de sustitución de la pena debe canalizarse por vía del supuesto anterior del artículo 89.6

Se ha venido afirmando en algunas sentencias, que entendemos chocan frontalmente con los criterios de contradicción y defensa antedichos, que cuando la petición del Ministerio fiscal, se efectuaba como cuestión previa o en el trámite de conclusiones definitivas no se generaba indefensión.

Aquí el TS da dos tipos de respuestas:

Una primera, que establece que se cumplió el trámite de audiencia al dar la última palabra al acusado. En este sentido la STS nº 1177/2006 en la que se dice que *"no es de estimar la lesión del derecho al debido proceso. En efecto, el Tribunal a quo oyó al recurrente sobre la cuestión de la expulsión solicitada por el Fiscal y la Defensa conoció la pretensión del mismo. Al respecto, en tanto la Ley penal no exige ninguna formalidad, es irrelevante si lo oyó en el momento final cuando al acusado le correspondía hacer uso de la última palabra y la Defensa ya había solicitado la absolución. En efecto el derecho a ser oído en relación a la expulsión del extranjero consiste en que éste haya podido expresar al Tribunal su punto de vista respecto de la expulsión solicitada por el Fiscal en sus conclusiones definitivas y que su Defensa haya tenido la posibilidad procesal de oponerse a tal pretensión y de ejercer el derecho a la prueba. Es de señalar que en cierto sentido esa prueba ya había sido practicada durante la instrucción, en la que una testigo, que manifestó mantener una relación con el acusado, aportó una serie de fotografías que a su juicio acreditarían la relación"*.

No compartimos esta doctrina, pues si la audiencia al acusado sobre la expulsión comprende el derecho a la prueba no sería suficiente la posibilidad de alegar en el momento de la última palabra, sino que la finalidad de la audiencia y su propia naturaleza exigen una fase probatoria<sup>3</sup>

La segunda respuesta entiende que la defensa tuvo la oportunidad de alegar y probar, pidiendo la suspensión del juicio prevista en el artículo 788.4 Lecrim. Este supuesto, que es el defendido por la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2011 es equiparable a la petición de expulsión en el trámite de cuestiones previas.

En estos casos, ninguno obstáculo hay para diferir a un momento posterior el trámite de audiencia, teniendo por hecha la petición formal de sustitución, sobre la que no se entró a resolver, por ser preciso un debate contradictorio material, pero esta falta de resolución no vicia la sentencia de incongruencia, se trata de un diferimiento a un momento posterior y conforme a la nueva previsión del legislador de 2010, es posible resolver después de sentencia y previa celebración de la audiencia con todas las garantías.

---

<sup>3</sup> Miguel Colmenero Menéndez de Lurca: La expulsión del extranjero infractor como respuesta penal: evolución jurisprudencial y reforma del Código Penal

## Procedimiento de la audiencia

- Citación a la audiencia

La audiencia, como espacio de debate destinado a garantizar los principios de contradicción y defensa, requiere un periodo de alegaciones y una posibilidad de prueba, por lo que debe darse una oportunidad material de defensa al penado, lo que plantea la cuestión de la citación personal del penado, pues debe efectuarse de forma tal que tenga conocimiento de la pretensión de expulsión.

Si comparece al primer llamamiento no se suscitan problemas, pues la audiencia se lleva a cabo. Tampoco si está en ignorado paradero, pues en estos casos habrá que acudir a los mecanismos de busca y captura. Si en cambio se pueden plantear problemas cuando una vez citado no comparece, pues si la citación se ha hecho en su persona, conlleva el conocimiento de la materia que se iba a debatir en dicha audiencia, por tanto, ha tenido la posibilidad de defensa y la ha desaprovechado.

Pero no puede aplicarse la misma consecuencia cuando no está citado en su persona. En estos casos límites entendemos que el juzgado o tribunal deberá intentar la citación personal, y en caso de no poder practicarse, teniendo en cuenta que está penado y que tiene obligación de comparecer a los llamamientos del tribunal, la solución pasa por su busca. Pero aquí debe valorar si se debe acordar su busca y presentación para ser citado a la audiencia, o bien su busca y captura y mantener la prisión hasta tanto se halla celebrado la audiencia. La decisión dependerá de la pena impuesta y del juego que en este caso pueda producir la posibilidad de aplicar los artículos 80, 81 y 88 CP que la LO 5/2010 introduce en el segundo párrafo del 89.6

En caso de que tras la citación quede en libertad y no comparezca a la audiencia, es el supuesto de citación personal, y la consecuencia es que pierde la expectativa procesal de alegar y probar su oposición a la expulsión.

- Prueba

La naturaleza de la audiencia, regida por los principios de contradicción y defensa, obliga a celebrarla como si de una vista oral se tratase, con intermediación, y ha de contener una fase de alegaciones y otra de prueba.

En este sentido la STS 710/2005 establece *“El Tribunal, en la sentencia, se limita a señalar que de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal y al amparo del artículo 89.1 del Código Penal, procede la expulsión del recurrente al cumplirse los requisitos previstos en el citado precepto, acordándolo después en el fallo. De ello resulta, en primer lugar, que el recurrente no fue oído expresamente acerca de la posibilidad de la expulsión, lo que determina que no haya podido proponer prueba sobre aspectos relevantes, y alegar en consonancia con sus resultados, de manera que no puede afirmarse que estuviera en condiciones de preparar su*

*defensa en relación a la petición de expulsión. Es cierto que, como señala el Ministerio Fiscal, ha existido una posibilidad de contradicción, pues la petición del Fiscal fue seguida del informe de la defensa y de la posibilidad de hacer uso del derecho a la última palabra por parte del acusado. Sin embargo, el principio de contradicción, desde la perspectiva de la defensa, no solo exige la posibilidad de oponerse a las pretensiones de la acusación, sino de hacerlo eficazmente, lo que no ocurre cuando se suprime cualquier posibilidad de probar aspectos relevantes y de alegar sobre el resultado de las pruebas."*

La prueba que debe admitirse es la relacionada con el objeto del debate que es la expulsión, y que puede practicarse en dicha audiencia. En este punto cabe plantearse si es posible celebrar la audiencia en diversos días o debe regir el principio de unidad de acto. Esta disyuntiva se dará en el supuesto de prueba que, por razones justificadas, no se puede aportar y exige una colaboración activa por parte del órgano judicial.

Entendemos que nada impide que este trámite se puede celebrar en dos o más sesiones, ni tampoco que a la vista de la vigencia del principio de defensa, se pueda recabar la colaboración judicial en la obtención de la prueba, así oficiando a organismos públicos, etc,. En todo caso, los requisitos de proposición y práctica de prueba, no están establecidos por el legislador, pero ningún obstáculo hay para acudir de forma supletoria a la regulación de la comparecencia de prisión del artículo 505.2 Lecrim<sup>4</sup> En todo caso, cabe preguntarse si puede imbricarse un periodo de prueba excepcional, para aquellos supuestos en que la prueba de los que se querían valer las partes no pueda practicarse en el momento de la audiencia, en la mayoría de los supuestos, por precisar del órgano judicial para su práctica, por ejemplo petición de documentos a los Gobiernos Civiles en materia de extranjería, etc.

La pertinencia de la prueba debe ponderarse en relación a los criterios que deben ser valorados en orden a resolver o no sobre la expulsión, y en el momento de la expulsión, por lo que queda fuera de esta prueba la propia condición de extranjero sin documentación del penado, que debe ser una premisa probada en sentencia – hechos probados- y no con posterioridad.

Este tema adquiere relevancia pues lo contrario supondría que la pérdida de residencia legal en España, después de sentencia firme, podría conllevar la expulsión del territorio nacional, lo que convierta la sustitución de penas privativas de libertad, en un mecanismo de control de la política de inmigración, sin perjuicio de que el extranjero pueda ser expulsado, pero en este caso

---

<sup>4</sup> Art. 505.2 Lecrim "La audiencia prevista en el apartado anterior deberá celebrarse en el plazo más breve posible dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial y a ella se citará al imputado, que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas. La audiencia habrá de celebrarse también para solicitar y decretar, en su caso, la prisión provisional del imputado no detenido o su libertad provisional con fianza".



conforme a las reglas procedimentales de la LO 4/2000, y no como sustitución de penas privativas de libertad.

A sensu contrario, toda vez que la adquisición de la residencia legal, con posterioridad a sentencia, conlleva la eliminación de los presupuestos que puede fundar la sustitución, la prueba puede alcanzar este extremo. En este sentido la STS 792/2008 de 4 de diciembre, al afirmar “En ocasiones pueden surgir en la ejecución cuestiones imprevisibles de valorar en el momento del juicio y de la sentencia o que han tenido lugar por circunstancias posteriores (como la acreditación de reunir los requisitos y condiciones para ser ciudadano extranjero con residencia legal en España, por diversas circunstancias: matrimonio posterior con cónyuge español, nacimiento de hijos, concesión de permisos de residencia) se defiende por la doctrina que el requisito de la ilegalidad de la residencia hay que entender que **debe subsistir** al momento de la ejecución y si no debe quedar sin efecto, por mucho que lo establezca la sentencia, ya que se trata de una medida y no de una pena.”

- Resolución.

Lógicamente la resolución debe dictarse en sentencia o bien en auto. Como elemento común a ambos supuestos es la necesidad de que haya una motivación específica y, sobre todo en los supuestos de sentencia, concretados a la decisión de expulsión. Exigencia genérica y común a todas las decisiones judiciales.

#### **V.- LA PROBLEMÁTICA DE LA NUEVA REGULACIÓN DEL ART. 89.5 DEL VIGENTE CÓDIGO PENAL.**

Art. 89.5 del Código Penal (en negrita las modificaciones respecto del texto anterior)

*Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y **previa audiencia del penado y de las partes personadas**, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que **hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo** cualquier **pena privativa de libertad**, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que **previa audiencia del Ministerio Fiscal** y de forma motivada aprecien **razones** que justifiquen el cumplimiento en España.*

Texto derogado (art. 89.1, 2º párrafo)

*Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se*

*entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente, y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en un centro penitenciario en España.*

La redacción del nuevo apartado quinto viene generando algunos problemas de aplicación. El texto viene a reproducir el párrafo segundo del anterior 89.1 pero con dos modificaciones esenciales:

- a) La posibilidad de que la sustitución se acuerde **durante la ejecución**, y no sólo en sentencia.
- b) La ampliación de las penas susceptibles de sustitución, pudiendo recaer sobre **cualquier pena privativa de libertad**, eliminando así la referencia limitativa a aquéllas iguales o superiores a seis años.

Lo primero que hay que decir es que no existe referencia que justifique tal modificación ni en la exposición de motivos ni en los trabajos prelegislativos. Necesariamente habrá que ponerla en conexión con la naturaleza y finalidad de cualquier forma de sustitución de las penas privativas de libertad, que no debería ser otra que la de prevención especial. Pero, como se verá, en el caso de la expulsión de extranjeros sin residencia legal se mezclan criterios de oportunidad que poco tienen que ver con el fin de la pena y sí mucho con las políticas migratorias del momento. Sólo así puede explicarse el cambio radical de criterio mantenido por los fiscales en cuanto a las penas impuestas por delitos contra la salud pública respecto de los que se venían mostrando inflexibles a la hora de reclamar el cumplimiento de la pena en nuestro país (incluso para aquellas penas inferiores a tres años) y respecto de los que ahora asumen la iniciativa para la sustitución por la expulsión.

Tampoco se entiende la alteración en el orden de disposición sistemática, a la que ya se refirió críticamente en su día el informe emitido por el CGPJ sobre el inicial Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006<sup>5</sup>, que puede generar, como se verá, alguna duda respecto de la aplicación del contenido de los apartados 2 y 3 a las situaciones a las que se refiere el apartado 5.

Las limitaciones de contenido, ya referidas, de la presente ponencia obligan a escoger las cuestiones que pueden resultar más discutidas:

## 1. LEY APLICABLE

---

<sup>5</sup> *“la posición sistemática que ocupa este apartado –en el número cinco– no es la más correcta, ya que puede suscitar problemas de interpretación en cuanto a la aplicabilidad al mismo de las reglas contenidas en los anteriores». A pesar de lo cual, no puede descartarse la aplicación de las reglas relativas al plazo de duración, consecuencias administrativas y quebrantamiento de la medida (contenidas en los apartados 2 a 3) a la expulsión dictada de acuerdo con el ap. 5. Del mismo modo que las reglas de los aps. 6 y 7 son también aplicables a ambos supuestos de expulsión.”*

En cuanto al momento de aplicación temporal de la nueva ley, ¿Habrá que estar al momento de comisión del delito, de la imposición de la pena o será aplicable en cualquier momento mientras perdure la ejecución?

¿Es aplicable la nueva norma con carácter retroactivo a condenas anteriores a su entrada en vigor? Dependerá de lo que se considere “ley más favorable al reo” en los términos a que se refiere el art. 2.2 CP. La concepción de la expulsión como sustitutiva de la pena privativa de libertad no siempre puede considerarse como beneficiosa para el penado, sino como perjudicial al entender que el efecto aflictivo era superior y suponía un agravio comparativo respecto de otros penados (los extranjeros no expulsables o los nacionales). Sólo así se entiende la doctrina jurisprudencial elaborada para evitar el automatismo de la sustitución. Sin embargo, el efecto más pernicioso, la imposibilidad de aplicar los beneficios de suspensión o sustitución previstos en los arts. 80, 87 y 88 CP, se ha visto mitigado (que no eliminado, pues el 89.6 parece vincular su aplicación a la frustración efectiva de la expulsión) en el nuevo texto. Por otra parte, la posibilidad de alcanzar el tercer grado en un plazo relativamente corto puede suponer que la medida resulte más beneficiosa. En definitiva, parece que la opción más lógica es la de pedir el parecer del penado y que sea él quien decida si entiende más favorable la nueva ley caso por caso.

La única duda puede plantearse en aquellos supuestos en los que se ha aplicado ya la nueva norma para la revisión de sentencias y se pretende la aplicación anterior para el supuesto específico del art. 89.5 CP, ya que atenta contra la letra de la Disp. Transitoria Primera de la LO 5/2010 cuando establece que *“Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del código actual y de la reforma contenida en esta Ley”*, lo que supone la prohibición de seleccionar aquellos aspectos más beneficiosos de una y otra. Así lo entiende también la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre *“Criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración”*.

## 2. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA SOLICITAR LA SUSTITUCIÓN

La nueva redacción mantiene la exclusividad en la iniciativa para solicitar la expulsión tal y como aparecía regulada en el texto anterior. La novedad está en la necesidad de audiencia previa tanto del penado como del resto de las partes. Sobre la posibilidad de que la sustitución se acuerde a instancia del propio penado se ha pronunciado recientemente la Audiencia Provincial de Barcelona en Acuerdo no Jurisdiccional y en sentido positivo. Sin embargo, en el mencionado Acuerdo no se menciona expresamente sino el art. 89 en su conjunto. No parece que exista ningún impedimento legal para reconocer tal iniciativa al penado (y también a las acusaciones particulares) en el ámbito del apartado 1º, pero la expresión *“a iniciativa del Ministerio Fiscal”* parece incompatible en el del apartado 5º. El TS se ha ocupado tangencialmente del tema en su **sentencia 255/2012 de 25 de enero (ponente Sánchez Melgar)**, pero

lo hace de forma harto confusa. En definitiva, viene a decir: a) que se trata de una medida de seguridad por razones de política migratoria; y b) que si bien se condiciona a que lo solicite el Ministerio Fiscal, el hecho de que en el último inciso se exija una nueva audiencia del mismo para el caso de rechazo sugiere que igualmente lo hubiera solicitado el penado, pues de lo contrario esta segunda audiencia carece de sentido.

El argumento ni se sostiene desde el punto de vista lógico ni se ofrecen razones sólidas que lo justifiquen. Fuera del tan “manido” argumento de que la pretendida incoherencia se debe a un olvido del legislador, no se me ocurre ningún otro que permita compaginar el texto vigente con la posibilidad de que sea el propio penado quien solicite la expulsión (y mucho menos sujetos ajenos al proceso como la administración penitenciaria). A pesar de ello, la Fiscalía Delegada de Extranjería parece avalar la posibilidad de que la iniciativa provenga del penado, incluso en aquellas ejecutorias que se hubieran iniciado antes de la entrada en vigor de la reforma (...destacar que la solicitud parte de una petición voluntaria del propio interno que solicita su expulsión. El escrito manuscrito de petición forma parte del expediente penitenciario que se ha remitido a la Fiscalía y ahora se adjunta con el presente escrito...En definitiva, constando petición del propio interno y modificado el art. 89 en el sentido indicado, es posible acordar en este momento procesal la sustitución que se pretende)<sup>6</sup>.

En la práctica, la adhesión posterior del fiscal a la petición del penado (cosa que está sucediendo con cierta frecuencia), permitiría salvar la literalidad del precepto.

En definitiva, no puede admitirse la petición del propio penado (o de su representación procesal) y mucho menos del centro penitenciario como suficiente para que el órgano de la ejecutoria pueda pronunciarse sobre la sustitución sin atentar contra el contenido literal del precepto. Todo ello sin perjuicio de que, presentado el escrito, pueda darse traslado al Ministerio Fiscal y que la adhesión de éste subsane el defecto de falta de legitimación.

### 3. LÍMITES Y MOMENTO PROCESAL PARA ACORDARLA

Cualquier pena privativa de libertad (ni siquiera es necesario según la letra de la ley que sea de prisión) es susceptible de sustitución, siempre y cuando se haya accedido al tercer grado penitenciario o se hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena.

---

<sup>6</sup> Extracto de escrito dirigido por el fiscal al tribunal que conoce de la ejecutoria. En este caso concreto la petición se tramitó a través de la Fiscalía pero es habitual que la misma, junto con el expediente, se remitan directamente al órgano encargado de la ejecución, bien a instancia del propio penado o de la propia administración penitenciaria.

La administración penitenciaria está concediendo el tercer grado en plazos extremadamente cortos, produciéndose de forma inmediata la petición del propio interno y el informe favorable de la Junta de Tratamiento, lo que apunta a un criterio claro de favorecer la expulsión de los extranjeros que están cumpliendo penas en centros penitenciarios catalanes (se ignora si está sucediendo lo mismo en otros territorios), que ya se puso de manifiesto en su día cuando se abogaba por reducir a la mitad de la pena (y no a las tres cuartas partes como se señala en el 89.5) el límite<sup>7</sup>.

En cualquier caso, el nuevo texto evita el efecto perverso que suponía la obligación de adoptar la decisión necesariamente en sentencia, pues en el caso de las penas superiores a seis años aparecía vedada cualquier posibilidad de resocialización, dado que el condenado que ingresaba en prisión estaba abocado desde el principio a la expulsión, lo que condicionaba cualquier programa dirigido a la reinserción social en nuestro país. La posibilidad de acordar la sustitución durante la ejecución de la condena permite, tras la elaboración de programas concretos de resocialización, la posibilidad de valorar la situación concreta a la vista del resultado de aquéllos, siendo así un elemento que ha de resultar esencial a la hora de valorar la oportunidad y proporcionalidad de la medida.

Por otra parte, la ampliación del momento procesal a una resolución posterior a la sentencia supone en la práctica un verdadero incidente en fase de ejecución con posibilidad de practicar prueba. Con la regulación anterior se habían planteado dudas, ya que podría suponer una vulneración del derecho del propio penado a la ejecución de las sentencias en sus propios y estrictos términos. Así lo señaló la **STC 145/2006**, para a continuación admitir que excepcionalmente era viable si lo solicitaba el propio penado y valoraba la sustitución por expulsión como más beneficiosa.

Por último, si la sentencia no se pronuncia sobre la sustitución y expresamente pospone la resolución, parece discutible que pueda abrirse “ab initio” el debate en fase de ejecución aplicando la reforma con efecto retroactivo en contra de la voluntad del penado.

---

<sup>7</sup> Aunque referido exclusivamente al art. 89.1 anterior a la reforma, el Acuerdo AP Madrid 28-05-04 intentó ofrecer criterios de carácter general para evitar la automaticidad de la medida a la vez que se decantaba también por anticipar el cumplimiento a la mitad: *"Se considera que con una aplicación automática y rutinaria - sin atender a circunstancias específicas que lo justifiquen en el caso concreto- de la sustitución de la pena por la expulsión del acusado a su país de origen, se estaría promoviendo de forma incomprensible la comisión de delitos graves dentro del territorio nacional por ciudadanos extranjeros. De ahí que cuando las penas sean superiores a los tres años, y con más razón cuando se vayan aproximando a los seis años de prisión, no se estima razonable la concesión de la expulsión hasta que se cumpla la mitad de la pena. Sin embargo, cada caso tiene sus connotaciones especiales, de forma que las circunstancias excepcionales de índole personal de los imputados o incluso de la forma de realizar la conducta y las contingencias que la rodean, pueden justificar decisiones de otra índole que se muestren más justas en el caso concreto."*

Quedaría por abordar la cuestión del régimen de recursos contra la resolución que acuerda la expulsión cuando ésta adopte la forma de auto por dictarse con posterioridad a la sentencia. No se plantearía mayor problema cuando sea acordada por los juzgados de lo penal, pues siempre cabría apelación ante la AP, pero es evidente que con la ley en la mano no cabría recurso de casación cuando la decisión sea adoptada por la propia Audiencia Provincial. Habrá que estar a lo que el TS decida, aunque sea *extra legem*, pero no parece tampoco absurdo que pudiera extenderse la posibilidad de recurso al considerar que tal resolución formaba en cierto modo parte del contenido de la sentencia previa, solución ésta admisible cuando el recurso se produzca de forma conjunta pero discutible cuando se interponga la casación por separado, después incluso de que se hubiera resuelto el primer recurso contra la sentencia previa.

## **VI. LA NUEVA REGULACIÓN DEL ART. 89 EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CP DEL 2012.**

El texto aprobado por el Consejo de Ministros del Anteproyecto de reforma del Código Penal del 2012<sup>8</sup>, es ambivalente. En el nuevo precepto que pasa a ser el art. 88 CP se introducen dos cambios significativos:

---

<sup>8</sup> Art. 88 1. *Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas, previa audiencia del penado, por su expulsión del territorio español.*

2. *Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de tres años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el Juez o Tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En este caso, cumplida la parte de la pena que se hubiera determinado, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español.*

3. *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.*

4. *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.*

5. *La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.*

6. *Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.*

7. *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.*

*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.*

1. Por una parte introduce un cambio cualitativo muy importante, y claramente regresivo. Ya no es el “*extranjero no residente legalmente en España*” el sujeto susceptible de ser expulsado, sino cualquier “*extranjero*”

2. Y por otra, suaviza el texto vigente, al introducir que sólo serán objeto de sustitución *las penas de prisión de más de un año (apartado 1)*, e incluye un apartado nuevo el nº 3 que *permite al Juzgador no acordar 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*. Estas dos modificaciones mejoran la regulación actual al ser más respetuosa con los principios de proporcionalidad y los demás valores constitucionales a los que se ha hecho alusión, dado que, aunque se mantenga el verbo imperativo “serán sustituidas”, se limitan las penas privativas de libertad afectadas por la sustitución –más de un año de prisión- y se faculta al Juez para que pueda ponderar las circunstancias del hecho y personales del autor, tal y como viene sosteniendo la jurisprudencia constitucional y ordinaria.

Queda por dilucidar respecto al “extranjero”, es decir, con independencia de cual sea su situación administrativa, el alcance que tendrá dicha reforma, si finalmente se aprueba.

Respecto a los extranjeros pertenecientes a la Unión Europea, a no ser que se modifique la legislación vigente, les es de aplicación el art. 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que confiere a todo ciudadano de la Unión Europea un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Sin embargo, este derecho no es absoluto y está sometido a las limitaciones contenidas en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo que, en España, han sido recogidas por el Real Decreto 240/2007.

Según los arts. 27 y 33 de la Directiva y art. 15.1 del Real Decreto 240/2007, un extranjero de la UE puede ser expulsado si existen razones graves de orden público o seguridad pública, apreciadas tras la tramitación del correspondiente sancionador gubernativo cuyo control hasta ahora recae en la jurisdicción administrativa.

En principio parece chocar frontalmente con dicha legislación la expulsión en sede de la jurisdicción penal de un extranjero comunitario por la comisión de un delito de carácter menos grave, a no ser que se considere que todo delito con pena superior a un año de prisión afecta de forma grave al orden público o a la seguridad pública, afirmación a todas luces infundada por desproporcionada.

Creemos que estamos ante una nueva orientación político-criminal, al pretender

---

8. *No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los arts. 312, 313 y 318 bis de este Código.*

que el proceso penal se convierta en un vehículo para las políticas de extranjería y, rompe con el principio de “igualdad de trato” ante unos mismos hechos delictivos, dado que el “extranjero”, con independencia de su situación administrativa, se enfrenta a unas consecuencias cualitativamente distintas que el resto de los ciudadanos “nacionales”.

La ausencia de cualquier alusión en la Exposición de Motivos del Anteproyecto a este tema, no nos permite conocer las razones de este sustancial cambio que se propone. Solo el debate parlamentario podrá dar luz a una cuestión tan trascendental.

-----