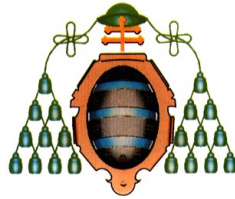


LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS DEL  
TERRITORIO COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DE LA PENA.



**UNIVERSIDAD DE OVIEDO**

MÁSTER EN ABOGACÍA

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**

**Realizado por: TERESA FERNÁNDEZ BELTRÁN**

## **RESUMEN**

El presente trabajo consiste en un estudio de los principales aspectos doctrinales, legales y jurisprudenciales de la medida de sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio español regulada en el artículo 89 del Código Penal. Así mismo, aborda el análisis de los principales argumentos de diferentes autores sobre la naturaleza jurídica de la disposición, además de cuáles puedan ser los fundamentos y razones que han inspirado esta medida. También se ha tratado de hacer un repaso cronológico a las diferentes reformas legislativas que el precepto 89 del Código ha sufrido hasta llegar a su configuración actual tras la última modificación legal en el año 2015. Al mismo tiempo, se hace una pequeña referencia a la confluencia de la medida de expulsión del ámbito administrativo recogida en la Ley de Extranjería en relación con esta misma medida contemplada en el derecho penal y, finalmente, un recorrido por las principales decisiones jurisprudenciales procedentes del Tribunal Constitucional y Supremo, las cuales han contribuido a perfilar y moldear este artículo del Código penal. En la conclusión se recoge una síntesis crítica final.

## **ABSTRACT**

The present work is a study of the main doctrinal, legal and jurisprudential aspects of the measure replacing the prison sentence for the expulsion of Spanish territory governed by article 89 of the Penal Code. Also, analysis of the main arguments of different authors on the legal nature of the provision is addressed, which may well be the basis and reasons that have inspired this measure. It has also tried to make a chronological overview of the various legislative reforms the provision 89 of the Code has been, until reaching its current form after the last legal amendment in 2015. In addition there is a small reference to the confluence of the expulsion of administratively collected, regarding the same measure under criminal law. Finally a tour of major court decisions from the Constitutional Court and Supreme Court, which have helped shape this mold section 89 of the Criminal Code. We conclude with a summary and critique (of the topic).

# ÍNDICE

<b>1. Introducción.</b>	p. 1
<b>2. La medida de expulsión como sustitutiva de la pena privativa de libertad.</b>	p. 2
2.1. Naturaleza jurídica de la medida de sustitución.	p. 2
2.2. Fundamento de la medida.	p. 6
<b>3. Evolución legislativa de la medida sustitutiva de la expulsión.</b>	p. 9
3.1. La regulación de la expulsión en el Código penal.	p. 9
3.1.1. Desde su introducción hasta la reforma de 2015.	p. 9
3.1.2. Regulación vigente, a partir de la reforma de LO 1/ 2015 de 30 de marzo.	p. 20
3.2. Confluencia de la medida del Código Penal y la medida de expulsión en la ley de extranjería.	p. 23
<b>4. Evolución de la doctrina jurisprudencial relativa a esta medida sustitutiva.</b>	p. 28
4.1. Jurisprudencia Tribunal Constitucional.	p. 28
4.2. Jurisprudencia Tribunal Supremo.	p. 31
<b>5. Conclusiones.</b>	p. 37
<b>Bibliografía y fuentes.</b>	p. 40

*“Quien pone la seguridad por encima  
de la libertad se arriesga a perder ambas”*

Benjamin Franklin

## **1. INTRODUCCIÓN**

El trabajo versará sobre el estudio de la medida de sustitución de la pena privativa de libertad por la medida de expulsión del territorio nacional, regulada en el art.89 del Código Penal destinada los extranjeros ilegales (hasta la reforma de 2015), dando un repaso a las opiniones doctrinales acerca de su discutida naturaleza jurídica - de pena, de medida de seguridad o de simple consecuencia jurídica del delito, así como de cuál o cuáles pueden ser los fundamentos o las razones, y también sus finalidades-. Por otro lado, se hará un recorrido por las diferentes reformas legales que esta medida ha sufrido, hasta la última actualmente vigente, operada con la LO 1/2015. Además se expondrán sus orígenes en la Ley de Extranjería, así como la concurrencia de la misma, reflejada en el Código Penal, con la medida administrativa. Por último, se hará mención a la diferente doctrina jurisprudencial que este precepto ha desencadenado, jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, la cual ha contribuido a la configuración de este precepto del Código. El trabajo terminará, con un resumen a modo de conclusión personal sobre el tema expuesto.

## **2. LA MEDIDA DE EXPULSIÓN COMO SUSTITUTIVA DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.**

La medida de expulsión como sustitutiva de la pena aparece regulada en el art.89 del Código Penal. Por su ubicación formal, se trata de una medida que se encuentra a disposición del Juez penal, como titular de esa potestad jurisdiccional, quien la decreta tras la conclusión de un proceso mediante Sentencia, pudiendo aplicarla a todas las personas cuyas circunstancias encajen en su presupuesto. Si bien su discutida naturaleza jurídica, junto con los fundamentos y razones que impulsan su incorporación al Código Penal, hacen que la configuración del precepto sea atípica, y que en su regulación no se

vean claramente reflejados los presupuestos y fines propios del resto de consecuencias jurídicas del delito que el Código Penal recoge, y en concreto del resto de medidas sustitutivas de la pena.

## **2.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIDA.**

La sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión aparece regulada en el art.89 del Código Penal (en adelante CP), es decir, se encuentra ubicada en el Título tercero, Capítulo tercero de la Sección segunda, de *la sustitución de las penas privativas de libertad*<sup>1</sup>. Es el art.88 el otro precepto incluido en esta sección, que regula la medida genérica de sustitución de las penas de prisión por otras penas de distinta naturaleza como son la multa, los trabajos en beneficio de la comunidad o la localización permanente<sup>2</sup>. Por ello, a través de esta vía, se va a sustituir la pena de prisión impuesta en sentencia firme por otra pena, menos gravosa para la persona que la prisión. Por tanto, cuando se aplican los sustitutivos del art.88 CP, la pena se va a cumplir, pero va a ser una pena distinta a la que inicialmente se decretó.

Sin embargo, la regulación del art.89 CP, aunque también se encuentre ubicado en esta misma sección, es particular, porque de una lectura superficial ya se desprende que la pena privativa de libertad no se va a sustituir por las penas por las que se sustituyen en el precepto 88, sino que las consecuencias de la aplicación del art.89 CP van a ser: la salida del territorio nacional, y la prohibición de entrada durante un tiempo determinado<sup>3</sup>. Tal y como afirma Asúa Batarrita<sup>4</sup>, estos elementos suponen una prohibición que impide al extranjero durante tiempo considerable obtener permisos de entrada, residencia, y trabajo.

Por ello la primera cuestión a dilucidar, y que ha sido tratada en numerosas ocasiones por la doctrina, es determinar si la medida por la que se sustituye la pena de privación de libertad en este precepto 89, la expulsión, tiene también el carácter de pena y si por tanto cumple sus funciones y fines. En esta cuestión, la doctrina se ha mostrado dispar.

---

<sup>1</sup>El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>2</sup>Art.88. El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>3</sup>Art.89. El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>4</sup>ASUA BATARRITA.A., “La expulsión del extranjero como alternativa en el Código penal”, en P. LAURENZO COPELLO (Coord.): *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 58.

El argumento que esgrime es el de que existen muchas dificultades para considerar a esta medida de expulsión una pena, dado que no está regulada específicamente en el art.33 CP<sup>5</sup>. Así lo expresa Asúa Batarrita<sup>6</sup>, afirmando además que, aunque pudiera encajarse en una pena privativa de derechos, tampoco parece ser así, dado que estas penas están generalmente relacionadas con la naturaleza del delito, y esto no ocurre con la expulsión, tal y como está configurada en el art.89 CP. La misma opinión tiene Muñoz Ruiz<sup>7</sup>, quien también entiende que esta medida no se puede equiparar a la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos debido a que la amplitud del espacio en el que opera la prohibición de entrada en la expulsión, no se ajusta a los estrechos límites de la prohibición de residir o acudir a determinados lugares y concluye, que al ser una medida que conlleva una ejecución de la pena privativa de libertad, para aplicar las garantías procesales de las penas, ha de tenerse en cuenta la propia pena privativa de libertad que se sustituye<sup>8</sup>. Tampoco Rodríguez Yagüe<sup>9</sup> considera la expulsión una pena, debido a esta falta de tipificación en el catálogo del art.33 CP. Leandro Vieira da Costa<sup>10</sup>, también comparte la opinión mayoritaria de no considerarla una pena, por su ausencia del art.33 CP, como también piensa Torres Fernández<sup>11</sup>.

Por el contrario, Izquierdo Escudero<sup>12</sup> disiente de estas opiniones al entender que la expulsión sí debe ser caracterizada como una pena, asimilable a la privativa del derecho a acudir a determinados lugares, sustitutiva de otra, dado que los efectos son similares aunque multiplicados en su dimensión.

Por ello, debido a la dudosa calificación como pena de la expulsión, la doctrina discute si su ubicación dentro de los sustitutivos de las penas por otras penas de distinta naturaleza es apropiada. Existiendo autores que consideran incorrecta tal ubicación. Por

---

<sup>5</sup> Art.33. El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>6</sup> ASUA BATARRITA (2002), p.62.

<sup>7</sup> MUÑOZ RUIZ. J., “La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas”. *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*. Artículos RECPC 16-05 (2014), pp. 9-10.

<sup>8</sup> MUÑOZ RUIZ (2014), p.10.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Artículos RECPC 14-07 (2012), p.23.

<sup>10</sup> LEANDRO VIERIA DA COSTA. P., “La expulsión de los extranjeros sin papeles”. *RJUAM*, nº 21, 2010, p.153.

<sup>11</sup> TORRES FERNÁNDEZ M<sup>a</sup> E., *La expulsión de extranjeros en Derecho penal.*, La Ley, 2012, p. 63.

<sup>12</sup> IZQUIERDO ESCUDERO, F.J., Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal. *Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 106/1997 de 17 de abril*. La Ley, D-288, 1997, p. 1862.

ejemplo, Muñoz Ruiz<sup>13</sup>, quien entiende que se estaría considerando la expulsión como un beneficio penitenciario, cuando realmente impide que se cumplan los fines de reeducación y reinserción de las penas en los casos de delitos cometidos por extranjeros, dado que *a priori* no hay medios para saber si la expulsión supondrá un privilegio o un mal al sujeto que delinque. O Rodríguez Yagüe<sup>14</sup> quien también piensa que la expulsión supone una desnaturalización de los sustitutivos penales, porque, a diferencia del art.88 que regula las sustituciones de unas penas por otras, la pena privativa de libertad en el art.89 es sustituida por la expulsión. A diferencia de Torres Fernández<sup>15</sup>, quien sí considera correcta la colocación de este precepto 89 CP dentro de las medidas alternativas a la prisión, dado que sus presupuestos y fines podrían ser similares, entendiendo que es por su efecto principal, el de evitar el ingreso en prisión del sujeto a quien se expulsa, por lo que no desentona tal ubicación.

La doctrina discute, además, si la medida de expulsión cumple los fines de prevención general y especial que han de satisfacer las penas. Salvador Concepción<sup>16</sup>, por ejemplo, considera que es clara la función de prevención general que cumple esta medida, puesto que la mayoría de los extranjeros afectados por estas expulsiones se encuentran en situación de pobreza en sus países de origen y por tanto van a asumir con mucho más temor la medida de expulsión que el ingreso en prisión; un temor agravado por la prohibición de volver durante un tiempo, así como por el archivo de cualquier proceso de legalización de su situación administrativa. Para Torres Fernández<sup>17</sup>, el sustituto del 89.1 CP también desarrolla un efecto preventivo general intimidatorio, si bien considera que el contenido afflictivo de la medida de expulsión es mucho menor que el ingreso en prisión y, por consiguiente, este efecto intimidatorio es muy reducido. Además, opina que existe un riesgo de que esta prevención general disminuya todavía más y se perciba la expulsión como un beneficio injustificado del extranjero, dado que, el condenado se ve liberado de la prisión, lo que puede interpretarse como que al extranjero que infringe el Código Penal se le envía directamente en libertad a su país<sup>18</sup>. En lo que respecta a su función preventiva especial ambas autoras coinciden en que en

---

<sup>13</sup> MUÑOZ RUÍZ (2014), pp. 10-11.

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE (2012), p. 23.

<sup>15</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 61.

<sup>16</sup> CONCEPCIÓN SALVADOR, R., "El inmigrante ante la sanción penal". *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014, p. 519.

<sup>17</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 155.

<sup>18</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p.156.

ningún caso se ven satisfechas estas necesidades, para Salvador Concepción<sup>19</sup> porque se pierde la finalidad reeducadora y resocializadora de las penas, y para Torres Fernández<sup>20</sup> porque no existen medios de control que permitan verificar si el sujeto comete nuevos delitos en el país al que es enviado. Así, según esta última autora lo único que se logra es *“la inocuización del delincuente del modo más económico para el sistema penal, es decir, que con su presencia pueda cometer delitos contra el ordenamiento jurídico nacional”*<sup>21</sup>. De opinión similar es Martínez Pardo<sup>22</sup>, para quien la medida de expulsión no puede justificarse desde objetivos de prevención general ni especial, y significa simplemente un abandono de la potestad de ejecutar penas de prisión por delitos, por razones de oportunidad política. Y también Navarro Cardoso<sup>23</sup> piensa que la expulsión *“no es más que una sanción administrativa, revestida de la formalidad de una consecuencia jurídica del delito en tanto la impone el juez penal en una sentencia condenatoria”*.

De todos los argumentos expuestos por la doctrina, parece desprenderse fundamentalmente la idea de que la medida de expulsión no es una pena, ni por su ubicación formal en el Código Penal, al no aparecer tipificada expresamente como tal en el art.33 CP, ni porque cumpla los fines y garantías propios de las penas y esto hace que su ubicación dentro de la sección relativa a los sustitutivos genéricos de las penas por otras penas de distinta naturaleza pueda llegar a ser dudosa, ya que mientras estos últimos suponen la sustitución de una pena por otra pena, y que la pena que finalmente se va a cumplir sea una de distinta naturaleza, el art.89 CP tiene un presupuesto muy diferente al sustituir la pena de privación de libertad por la expulsión directa del país. Esto no quiere decir que la medida de expulsión no haya sido pensada y configurada en el Código como un sustitutivo penal, y que actúe como uno más en los casos en que las características del sujeto encajan en su enunciado, aunque no sea puramente una pena entendida según los estándares del ordenamiento penal, y por ello pueda suponer un sustitutivo “atípico” en relación a las demás medidas sustitutivas.

---

<sup>19</sup> CONCEPCIÓN SALVADOR (2014), p. 519.

<sup>20</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 153.

<sup>21</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp.153-154.

<sup>22</sup> MARTÍNEZ PARDO, V. J., “La expulsión de extranjeros como sustitutiva de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad”. *Revista del Instituto Universit. de investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*. Accesible en: <http://www.uv.es/recrim/recrim12/recrim12a01.pdf>, p. 32.

<sup>23</sup> NAVARRO CARDOSO, F., “Expulsión “penal” de extranjeros: una simbiosis de derecho penal “simbólico” y derecho penal del “enemigo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm.17, 2006, p. 171.



Tal y como afirma Torres Fernández<sup>24</sup>, se ha llegado a calificar esta medida de expulsión como pena, como medida de seguridad, e incluso, a fin de evitar las connotaciones que obligan a exigir en su imposición la observancia de una serie de presupuestos, se ha calificado como consecuencia penal impuesta directamente por el juez penal sin necesidad de ningún trámite administrativo. A este respecto, esta autora concluye que, *“debido a que no puede ser calificada como pena ni como medida de seguridad, porque no cumple ninguno de sus presupuestos y requisitos, ha de denominarse llanamente como una consecuencia penal, en el sentido de efecto jurídico que se liga a la realización de un supuesto de hecho contenido en una norma penal, no reconducible a ninguna de las consecuencias jurídicas más específicas y con mayor tradición en la rama punitiva”*<sup>25</sup>.

## **2.2 FUNDAMENTO DE LA MEDIDA.**

La doctrina en general, se ha mostrado de acuerdo en considerar que el fundamento o los fundamentos que sustentan esta medida son particulares respecto a las razones generales en base a las cuales se legisla en el ámbito del derecho penal, incluyéndose la regulación de las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias que llevan aparejadas las acciones típicas como delitos; y también en que estas razones en base a las cuales se ha incluido esta medida de expulsión en el CP, en ningún caso responden a los fines de derecho penal, sino a fines totalmente diferentes y que exceden del ámbito de este en muchos casos.

Miró Llinares<sup>26</sup> repasa las diferentes razones que han sido expuestas por la doctrina y que pueden estar en el trasfondo de la traslación e implantación de este artículo, cuyo origen se encuentra en la Ley de extranjería, en el Código Penal. En primer lugar en cuanto a las razones de prevención general, que suponen evitar que el cumplimiento de la pena sirva para que un sujeto se mantenga en el territorio, considera que no se sostiene, ya que la comisión de un delito implica la ejecución de la expulsión administrativa tras el cumplimiento de la pena<sup>27</sup>. Por su parte, Asúa Batarrita<sup>28</sup> afirma con respecto a esta razón de prevención general, que *“convierte a este precepto en un*

---

<sup>24</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp.62-63.

<sup>25</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p.73.

<sup>26</sup> MIRÓ LLINARES, F., “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España”. *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*. Artículos RECPC 10-05 (2008), p. 21.

<sup>27</sup> MIRÓ LLINARES (2008), p. 22.

<sup>28</sup> ASUA BATARRITA (2002), pp. 54-57.

*arma de doble filo, ya que quien sabe que con la comisión de un delito no tiene nada que perder, porque la expulsión le espera en todo caso, no tendrá motivo para abstenerse de delinquir, con lo cual no se combate esa delincuencia inducida*". Flores Mendoza<sup>29</sup>, afirma también que el art.89 no se basa en la innecesidad de la ejecución de la pena privativa de libertad sustituida por la expulsión, desde los fines de prevención general y especial de las penas, porque si la intención del legislador hubiese sido la de no imponer al extranjero el cumplimiento de la pena en España por no considerarse necesario desde perspectivas preventivas, ello resultaría superfluo, por existir ya en el ordenamiento jurídico, mecanismos que velan por la reinserción social del extranjero condenado en nuestro país<sup>30</sup>.

En cuanto a la selección de la inmigración, en el sentido de eliminar de nuestras fronteras a aquellos que no cumplen con el ordenamiento jurídico español, entiende el autor que si este fuese uno de los motivos ocurriría que, para los nacionales que cometen un delito la pena tiene funciones de reinserción y reeducación, frente a los extranjeros tales fines de constitucionalidad no se respetan<sup>31</sup>.

Otra de las razones que expone el autor es la dificultad de reinserción de estas personas por cuanto carecen de arraigo en España, pero entiende que tal hecho no puede servir para justificar la exclusión absoluta del inmigrante de los fines constitucionales de su reinserción y reeducación<sup>32</sup>. Asúa Batarrita<sup>33</sup> entiende que ello dependerá de las situaciones de cada sujeto, debiéndose dar preferencia al traslado para el cumplimiento en el país de origen, a pesar de que esto entrañe grandes dificultades.

En cuanto a la que parece ser la razón de fondo para justificar la expulsión, la masificación de las prisiones, Miró Llinares opina que tal argumento no es suficiente para justificar que no se ejecuten las penas impuestas a los extranjeros<sup>34</sup>, y Martínez Pardo<sup>35</sup>, sí entiende que el fundamento de la expulsión tiene su origen en "*razones político criminales utilitaristas*", destinadas a reducir la población interna en centros penitenciarios.

---

<sup>29</sup> FLORES MENDOZA, F. "La población reclusa extranjera en el sistema penitenciario español". *Cárcel, inmigración y sistema penal.*, en J. DANIEL CESANO, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 108.

<sup>30</sup> FLORES MENDOZA (2008), p.111.

<sup>31</sup> MIRÓ LLINARES (2008), p.22.

<sup>32</sup> MIRÓ LLINARES (2008), p. 23.

<sup>33</sup> ASUA BATARRITA (2002), p. 57.

<sup>34</sup> MIRÓ LLINARES (2008), p. 23.

<sup>35</sup> MARTÍNEZ PARDO (2012), p. 34.

Miró Llinares<sup>36</sup> opina en definitiva, que ninguna de estas argumentaciones es suficiente para explicar esta especie de “beneficio penitenciario” que impide que se cumplan los fines de reeducación y reinserción de las penas en los casos de delitos cometidos por extranjeros y por ello, cree que esta no es una medida que encaje en el derecho penal de un Estado Social y Democrático de Derecho, dado que *“la sanción de expulsión no busca confirmar la vigencia de la norma, ni motivar al ciudadano a no realizar el comportamiento delictivo, ni trata de integrarlo en la sociedad; sino que pretende exclusivamente excluir al no deseado, por ello difícilmente se puede sostener que con la expulsión se logre mayor seguridad que con el cumplimiento de la pena y la posterior expulsión administrativa”*<sup>37</sup>. Para Mapelli Caffarena<sup>38</sup> esta se trata de una medida que complementa a otras normas no penales destinadas a *“seleccionar la calidad de los extranjeros y ayudar a paliar el grave problema de congestión que sufren los establecimientos penitenciarios”* y por ello entiende que *“la constitucionalidad de esta disposición es dudosa, casando mal con el art.13 CE de declaración constitucional de reconocimiento a los extranjeros de las libertades públicas”*.

Por otro lado, el argumento que más ha sobresalido en cuanto a los fines que busca esta medida, es el que afirma el acopio de la vía que ofrece el derecho penal para servir a los fines de la política de extranjería, y así ejercer un control de los flujos migratorios mediante la aplicación del Código Penal.

Así lo han entendido autores como Torres Fernández<sup>39</sup> quien cree que la expulsión penal obedece a razones de control de los flujos migratorios, trayendo al Código Penal la análoga infracción administrativa, convirtiéndola formalmente en una consecuencia de derecho penal, pero que enraíza su fundamento en finalidades extrapenales que ineludiblemente pasan a coexistir con las genuinamente penales. Suponiendo un injerto de la consecuencia jurídica más característica del derecho de extranjería en el ordenamiento penal, y con él la instrumentalización de este ordenamiento a fines ajenos. Para esta autora, es una certeza la incapacidad de la expulsión para cumplir satisfactoriamente funciones propias del derecho penal,

---

<sup>36</sup> MIRÓ LLINARES (2008), p.23.

<sup>37</sup> MIRÓ LLINARES (2008), pp. 25-26.

<sup>38</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*. Thomson Civitas. Navarra 2005, pp. 127-128.

<sup>39</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp.148-149.

debiendo dejarse exclusivamente al derecho administrativo el fin del control de los flujos migratorios<sup>40</sup>. Tampoco González Campo<sup>41</sup> considera una solución correcta, “*el atribuir a los órganos penales una decisión en la que se han de valorar intereses ajenos a la jurisdicción penal y más propios de la esfera administrativa*”. Y en opinión de Rodríguez Yagüe<sup>42</sup> con la introducción de este art.89, se produjo una tensión entre las funciones de protección inherentes al derecho penal y las funciones de control de los flujos migratorios, función impropia a aquel y que ha sido asumida ante el fracaso del control de la regulación meramente administrativa.

Por contra, Vieira da Costa<sup>43</sup>, entiende que este derecho penal asume el modo de razonar del derecho administrativo sancionador, que no protege bienes concretos ni sigue criterios de lesividad o peligrosidad, sino que atiende a consideraciones de afectación general o estadística, convirtiéndose así en un derecho penal con ausencia de todas las garantías jurisdiccionales y legales, pero con todo, no considera que se esté produciendo una *administrativización* del derecho penal, ni la sumisión o subordinación de este a la política de extranjería<sup>44</sup>.

### **3) EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA MEDIDA SUSTITUTIVA DE LA EXPULSIÓN.**

#### **3.1 LA REGULACIÓN DE LA EXPULSIÓN EN EL CÓDIGO PENAL**

##### **3.1.1. Desde su introducción hasta la reforma de 2015**

El Código Penal de 1995 incorporó a su articulado el texto del antiguo art. 21.2 de la Ley 7/1985 de Extranjería con mínimas variaciones, y tal y como afirma Asúa Batarrita<sup>45</sup>, añadió algunas previsiones más, destinadas a excluir las reglas generales de cumplimiento de las penas, con el objetivo de no obstaculizar la política de expulsiones de la inmigración ilegal. Este artículo tuvo dos modificaciones importantes, una con la reforma operada por la LO 11/2003 de 29 de septiembre<sup>46</sup>, que según Rodríguez

---

<sup>40</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 164.

<sup>41</sup> GONZALEZ CAMPO, E., “La expulsión del extranjero como sustitutivo penal en la reforma del Código Penal y en la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, introducida por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre”, *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, núm. 4, 2003, p. 501.

<sup>42</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE (2012), p. 4.

<sup>43</sup> LEANDRO VIERIA DA COSTA (2010), pp. 156-157.

<sup>44</sup> LEANDRO VIERIA DA COSTA (2010), p. 157.

<sup>45</sup> ASUA BATARRITA (2002), p. 45.

<sup>46</sup> El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

Yagüe<sup>47</sup> endureció la medida, y una nueva reforma mediante la LO 5/2010 de 22 de junio<sup>48</sup>, con la que según la anterior autora esta se consolidó, atribuyéndose así un papel al derecho penal de complemento perfecto a la legislación de extranjería, aunque sus principios y lógicas sean muy diversas.

A partir de la lectura conjunta de todas las reformas realizadas en este precepto 89 del Código Penal<sup>50</sup>, se pueden extraer los elementos en los que el mismo se basa, y cómo se ha regulado cada uno de ellos en cada una de las sucesivas reformas acaecidas.

#### 1. Tipos de penas a los que se refiere la sustitución por la expulsión.

En el CP 1995 se hablaba genéricamente de *penas privativas de libertad*<sup>51</sup>, igual que en el resto de reformas, ya que en todas ellas se hacía referencia a esta misma expresión. Si bien, del tenor literal de esta afirmación a lo largo de todas sus reformas, parece concluirse que esta medida va destinada a la sustitución de todas las penas que abarcan la privación de este derecho y que según el art.35 CP son la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa<sup>52</sup>. Pero es opinión generalizada entre la doctrina la de admitir que aunque no se utilizase la expresión de penas de prisión, este precepto solo podía hacer referencia a este tipo de consecuencia penal.

Por ejemplo, Yáñez Velasco<sup>53</sup>, afirma que si bien tradicionalmente se incluyó literalmente la dicción “penas privativas de libertad”, se acabó considerando que al indicarse al juez la motivación de la excepción basada en razonar el cumplimiento en un centro penitenciario, se reducía a la prisión la pena privativa de libertad. Siendo clara a partir de ahí, la referencia exclusiva a la prisión en este art.89 CP. Tal y como establece Torres Fernández<sup>54</sup>, dado que esta medida se ha configurado como un sustitutivo penal, siguiendo una interpretación armonizadora con los fines a los que sirve el derecho penal, le es exigible, como al resto de sustitutivos, la garantía de proporcionalidad en la intervención penal. Por lo tanto, independientemente de lo que diga el texto penal, se

---

<sup>47</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE (2012), p.3.

<sup>48</sup> El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>50</sup> El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>51</sup> El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>52</sup> El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>53</sup> YAÑEZ VELASCO, R., *Extranjero y proceso penal: Controversias sobre la expulsión del territorio nacional*. Reus, Madrid, 2015, pp. 139-140.

<sup>54</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 222.

sobreentiende la conveniencia de aplicar la expulsión como sustitutivo sólo a las penas de prisión<sup>55</sup>.

## 2. Características del sujeto destinatario de la norma: ilegalidad de su situación administrativa y en qué momento del proceso penal ha de apreciarse ésta.

Como se ha indicado anteriormente este precepto 89 CP tiene su origen en el art.21.2 de la Ley de Extranjería de 1985, la cual se refería genéricamente a las personas extranjeras, sin especificación de su situación administrativa. En cambio, ya desde la primera redacción, la norma penal fue dirigida expresamente a las personas extranjeras, sin residencia legal. Esto se mantiene con la LO 11/2003 en la que se afirmaba “*sujetos no residentes de manera regular*”<sup>56</sup> y así se ha seguido manteniendo en todas las definiciones posteriores que se han dado al precepto. Es decir, la norma ha sido aplicada siempre, únicamente a las penas privativas de libertad impuestas a un *extranjero no residente legalmente en España*<sup>57</sup>. Torres Fernández<sup>58</sup> entiende que este es el dato decisivo y caracterizador de esta medida, dado que dándose este, aunque sea exclusivamente, la sustitución ya podría llevarse a cabo con toda legitimidad, unida al hecho de que la pena impuesta, tal y como se configuró el precepto, siempre iba a quedar dentro de su presupuesto.

En cuanto al momento en el que ha de haber constancia de la situación de ilegalidad del extranjero, debido a la separación temporal entre la comisión del delito y su enjuiciamiento, que puede hacer variar la situación personal del sujeto, la misma autora<sup>59</sup> entiende que esta debe concurrir en el momento de decidir la ejecución de la pena impuesta, dado que ese es el momento en el que mejor se valoran las consecuencias de cada medida.

## 3. Los diferentes límites de las penas en los que entra en juego la sustitución y cómo actúan estos.

El CP 1995 hablaba de penas privativas de libertad de hasta seis años, que serían las que se sustituirían íntegramente por la medida de expulsión para las personas sin residencia legal en España. Este límite de hasta 6 años de pena se mantiene en las

---

<sup>55</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p.224.

<sup>56</sup> LO 11/2003, en Código Penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>57</sup> El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>58</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 227.

<sup>59</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> E (2012), p. 237.

sucesivas reformas, las operadas por las LO 11/2003 y LO 5/2010<sup>60</sup>. Para Torres Fernández<sup>61</sup>, la fijación de este límite de pena sustituible en seis años, unida a la forma de operar a partir de la pena impuesta, supone conceder a la expulsión un ámbito de funcionamiento muy amplio.

Además, estas reformas por las que atravesó el precepto también incluían otra modalidad de sustitución que se ha conocido como *sustitución parcial*. Fue introducida por el CP 1995 y se aplicaba a las penas iguales o superiores a 6 años para cuando se hubiesen cumplido las  $\frac{3}{4}$  partes de la condena en prisión. La misma referencia hacía la reforma de 2003, cuya regulación consistía en que cuando se castigasen penas de esa duración el extranjero era expulsado, pero solamente si había cumplido antes una parte de la pena en un centro penitenciario español. En el CP1995 la parte a cumplir se refería a los  $\frac{3}{4}$  como mínimo, mientras que en la reforma de 2003 el periodo a cumplir se expresaba en los mismos  $\frac{3}{4}$  o la libertad condicional. La diferencia que introduce la reforma de 2010 es que, aunque también regula la sustitución parcial de la pena por la expulsión tras el cumplimiento de una parte de la condena en España, no especifica a qué tipo de penas va a aplicarse esta medida; simplemente afirma que se podrá sustituir cualquier pena privativa de libertad que el extranjero debiera cumplir o estuviera ya cumpliendo, si previamente había accedido al tercer grado o había alcanzado el periodo de libertad condicional.

#### 4. Forma de imponerse la medida: Obligación o potestad jurisdiccional.

En cuanto a la forma en la que ha de decretarse esta medida, salvo la primera redacción que tuvo el precepto en 1995 en la que era una facultad del juez el decidir si sustituía la pena o no, las demás redacciones han impuesto al juez una obligación, la de decretar la expulsión como regla general dejando el ingreso en prisión como una cuestión excepcional. Esta fue la vía iniciada por la LO 11/2003, a lo que la jurisprudencia encabezada por el Tribunal Supremo se ha referido como automatismo, como luego se expondrá. La posterior reforma de 2010 mantuvo la misma expresión de “*las penas serán sustituidas por la expulsión*”, si bien eliminó la palabra *excepción*, al referirse al cumplimiento de la pena originariamente impuesta en España.

---

<sup>60</sup> El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>61</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 230.

Esta doctrina jurisprudencial surgida tras la reforma operada por la LO 11/2003, liderada por el Tribunal Supremo y por la jurisprudencia menor, supone para Yáñez Velasco<sup>62</sup> un punto de partida interpretativo radicalmente contrario al legal, viéndose así perjudicada la uniformidad en la aplicación de una misma norma, puesto que la interpretación es diversa por todos los operadores que intervienen. La misma opinión tiene Tomé García<sup>63</sup>, quien afirma que está a favor de la interpretación jurisprudencial en cuanto al fondo, pero advierte de que quizás el Tribunal Supremo se haya excedido, llegando a calificar la interpretación del precepto de “contraria” a su texto y al deseo del legislador.

#### 5. Requisitos en la imposición de la medida: audiencia del penado y resolución motivada.

En lo que respecta al derecho de audiencia, Yáñez Velasco<sup>64</sup> repasa el recorrido legal que ha habido; en la primera redacción del art.89 CP por la LO 10/1995 se indicaba que el penado debía ser oído con carácter previo y para cualquiera de los supuestos -más o menos de seis años de privación de libertad-, desapareciendo este inciso con la posterior reforma de la LO 11/2003. El mismo volvió a integrarse a finales de 2010 en el texto del art.89.1 CP para las decisiones adoptadas en momento posterior a la Sentencia a través de Auto motivado, junto con la audiencia del MF y demás partes personadas. Según Torres Fernández<sup>65</sup>, el trámite de audiencia ha de contemplar específicamente la expulsión, con posibilidad de que las partes aleguen cuanto consideren oportuno al respecto.

En cuanto a la motivación de la resolución, la redacción originaria del CP 1995 no decía nada al respecto de motivar tal pronunciamiento; fue la LO 11/2003 la primera que lo incluyó, pero refiriéndose únicamente a la motivación de la excepción que suponía la no sustitución y, por tanto, el cumplimiento de la pena en España. A continuación la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, recogió también la motivación de la decisión cuando ésta fuese de no expulsión. Sin embargo, la jurisprudencia desplegada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, como luego se expondrá, consideran poco afortunada la dicción de los preceptos, afirmando que sea

---

<sup>62</sup> YAÑEZ VELASCO (2015), pp. 148-149.

<sup>63</sup> TOME GARCÍA J. A., *Intervención del juez penal en la expulsión de extranjeros*, S.A. Colex Editorial Constitución y Leyes, 2007, p. 159.

<sup>64</sup> YAÑEZ VELASCO (2015), p.228.

<sup>65</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 238.



cual sea la decisión sobre la expulsión, esta ha de ser motivada en todo caso. Torres Fernández<sup>66</sup> ha afirmado que la afectación a los derechos fundamentales de los extranjeros sometidos a expulsión hace que sea muy relevante la motivación de la decisión en uno u otro sentido para que sea posible conocer las razones en las que se basa la decisión y así se le facilite el recurso a la persona.

#### 6. Razones por las que se puede decidir no sustituir la pena por la expulsión.

Probablemente esta ha sido una de las cuestiones que más jurisprudencia y debate doctrinal haya desencadenado, jurisprudencia que se expondrá en el apartado posterior. Los motivos que provocan que pudiendo sustituirse la pena de prisión por la expulsión, finalmente esta no se decreta, aunque el supuesto encaje en el precepto, se han recogido de formas diversas en cada una de las reformas que se han sucedido.

En la redacción originaria de 1995, como ya se ha expuesto, al ser la imposición o no de sustitución de la pena por la medida de expulsión una potestad discrecional del juez, era este quien apreciaba las circunstancias concurrentes en cada caso que sentenciaba, con lo que no existía en la ley ninguna previsión específica de mandato de circunstancia a tener en cuenta a la hora de decidir. Fue la LO 11/2003 la que introdujo la obligación de la imposición de la medida de expulsión, al cambiar la dicción de *se podrán sustituir* por *se sustituirán*, y convertir por tanto en excepción la decisión de no imponer la sustitución de la pena por la expulsión. Esta introdujo únicamente una referencia al motivo por el cual no habría de decretarse la expulsión y este era que *la naturaleza del delito justifique el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España*<sup>67</sup>. Con posterioridad la LO 5/2010, aunque mantuvo la expresión *se sustituirán*, eliminó la condición de excepción de la no imposición de la expulsión y en vez de referirse a la naturaleza del delito, entendió que sería procedente denegar la expulsión cuando se apreciase *razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España*<sup>68</sup>.

#### 7. Momento en que se decreta la expulsión: Sentencia o Auto posterior en fase de ejecución.

---

<sup>66</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 241.

<sup>67</sup> El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>68</sup> El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

Según Torres Fernández<sup>70</sup> si en la Sentencia ya queda reflejado que llegado el cumplimiento de los  $\frac{3}{4}$  o alcanzado el periodo de libertad condicional de pena que se está cumpliendo en prisión, se sustituirá el periodo restante de cumplimiento por la expulsión del territorio, esto se entiende como irrenunciable. La autora considera que la razón está en la necesidad de garantizar los objetivos del derecho penal, cumpliendo una parte de la pena, unido a que la situación administrativa de irregular del condenado lo convierte en destinatario de la medida de expulsión. Es decir, se adopta la expulsión en sede penal y se demora su ejecución hasta cuando se hayan alcanzado esos periodos temporales en la ejecución penitenciaria.

En cambio, la expulsión puede decidirse también en ejecución de Sentencia, mediante Auto motivado posterior a partir de la LO 5/2010 que introdujo tal posibilidad hasta entonces no factible. Esta habrá de hacerse tal y como expresa el 89.5 CP, a instancia del Ministerio Fiscal y con audiencia del penado y de las demás partes personadas<sup>71</sup>. Parece que esta opción es más justa, como así ha dado a entender la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al dar pie a que se revise la situación del condenado, que puede haber variado debido al tiempo que ha estado cumpliendo la pena en un centro penitenciario.

#### 8. Efectos de la expulsión: la prohibición de regreso y el archivo de autorizaciones administrativas.

El principal efecto de la medida de expulsión es la prohibición de regreso a España durante un determinado plazo. Es una previsión que ya existe desde la regulación de 1995, si bien lo único que ha cambiado con las sucesivas reformas han sido los periodos concretos de prohibición de entrada al país. En su redacción inicial el CP 1995 imponía la proscripción de volver al territorio español durante un periodo variable de 3 a 10 años, plazo modulable por el juez. Además este precepto añadía que dicho plazo se analizaría teniendo en cuenta la duración de la pena sustituida. Fue la reforma de 2003 la que endureció esta prohibición, estableciendo un periodo fijo de 10 años con independencia de cualquier circunstancia concurrente en el caso concreto y añadiendo que, en todo caso, esta prohibición se extendía mientras el delito no prescribiera. Finalmente la reforma llevada a cabo en el año 2010 volvió a implantar un

---

<sup>70</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 251.

<sup>71</sup> El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

lapso de tiempo flexible, que oscilaría entre los 5 y los 10 años, desapareciendo la previsión que se contenía en la redacción dada por la LO 11/2003 de que la persona no podría regresar mientras el delito no hubiese prescrito e introdujo una nueva consideración, la de que en el plazo de prohibición de regreso habría que tenerse en cuenta las circunstancias personales del penado; recuperó además la previsión, contemplada en la redacción inicial de la atención a la duración de la pena que se sustituyese.

Según la autora Torres Fernández<sup>72</sup>, el plazo de duración de la expulsión fijado dentro de unos márgenes temporales es acorde con la forma de operar del sustitutivo, que obliga a comparar tanto la duración como la intensidad aflictiva de ambas consecuencias jurídicas para poder valorar si, atendida la pena impuesta, la expulsión supone un tratamiento más benigno que la prisión. Además, la expulsión determina la prohibición de entrada también en todo el espacio europeo, en virtud del acuerdo Schengen y su Convenio de aplicación, que supone la inscripción de la persona expulsada en el Sistema de Información, lo que lo convierte en rechazable en cualquier país de la Unión Europea<sup>73</sup>. Pero, tal y como expone Mapelli Caffarena<sup>74</sup>, incluso el límite mínimo de 5 años de la duración de la expulsión puede resultar desproporcionado, como puede ser en los casos en los que la pena sustituida tenga una duración inferior a cinco años.

En cuanto a la otra consecuencia que lleva aparejada, la del *archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España*, esta previsión en cambio no se contenía en la primera redacción del precepto de 1995 sino que fue introducida a través de la LO 11/2003, y mantenida posteriormente en la LO 5/2010<sup>75</sup>.

#### 9. Incumplimiento de la expulsión: si regresa o si es sorprendido en la frontera.

En lo relativo a la cuestión de cuál es la consecuencia de que la persona condenada a la expulsión del país, junto con la prohibición de entrada durante un tiempo determinado, incumpla tal decisión judicial, esta ha ido variando en las diferentes reformas. La primera de 1995 sólo establecía que quien incumplía tal orden y era

---

<sup>72</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p.234.

<sup>73</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 242.

<sup>74</sup> MAPELLI CAFFARENA (2005), p. 151.

<sup>75</sup> El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

sorprendido en la frontera, sería nuevamente expulsado por la autoridad gubernativa, en su apartado 3º. A continuación la LO de 2003, mantuvo la regla de que quien intentase quebrantar la decisión judicial sería también devuelto por la autoridad gubernativa, pero añadió una consecuencia relevante en su art.89.3 CP, la de que tras la devolución se volvería a empezar a contar el periodo de prohibición de entrada en el país íntegramente. Por su parte, la reforma de la LO de 2010 modificó la redacción distinguiendo dos supuestos en su apartado 4; si la persona regresa a España antes de que le sea permitido, cumpliría las penas que originariamente le fueron impuestas, en cambio, si fuera sorprendido en la frontera, entonces la regulación es similar a la anterior, ya que en este caso sería expulsado por la autoridad gubernativa, empezando a computarse los plazos de prohibición de entrada de nuevo.

Según la doctrina se plantean algunas cuestiones en relación con esta previsión de incumplimiento de decisión judicial de expulsión y prohibición de regreso. Primero, si el cumplimiento de la expulsión por el extranjero interrumpe o no la prescripción de la pena impuesta al delito. Y además cuál es la naturaleza de la consecuencia prevista para la tentativa de infringir la prohibición de regresar a España, es decir la expulsión por parte de la autoridad gubernativa en la frontera<sup>76</sup>. Torres Fernández<sup>77</sup> entiende que el inicio del cómputo de la prescripción de la pena tiene lugar durante el lapso de tiempo que transcurre entre la Sentencia firme y la salida efectiva del extranjero del país, interrumpiéndose con la ejecución material de la expulsión. El transcurso del tiempo del extranjero fuera del territorio se equipara al cumplimiento de la condena y por tanto a la sucesiva extinción de la responsabilidad penal y sólo va a volver a interrumpirse con el incumplimiento si regresa el condenado antes de tiempo al país, dando lugar al quebrantamiento del 89.4 y la obligación de cumplir la pena privativa de libertad inicialmente impuesta<sup>78</sup>. En lo que se refiere a la naturaleza de la expulsión directa por la autoridad gubernativa si la persona es sorprendida en la frontera, la misma autora entiende que esta previsión encaja mejor en la devolución regulada en el art.58 de la Ley de Extranjería, dado que no requiere la tramitación previa de un procedimiento administrativo, siendo así de nuevo visibles las limitaciones de separación entre la medida de expulsión penal y la expulsión de extranjería<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 263.

<sup>77</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 265.

<sup>78</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 268-269.

<sup>79</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 270.

10. Si la expulsión no se puede llevar a cabo: cumplimiento de la pena inicialmente impuesta, aplicación de las formas genéricas de sustitución y suspensión.

En el caso de que la sustitución de la pena no pudiera llevarse a efecto, el CP 1995 no preveía expresamente ninguna consecuencia, sino que fue la LO 11/2003 la primera que introdujo la previsión de que en el supuesto de que no pudiera ejecutarse materialmente la expulsión, se procedería al *cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta, o del periodo de condena pendiente*. Este precepto no decía nada de que en estos supuestos se aplicasen si procedían la suspensión y los sustitutivos genéricos del art. 88 CP, sino que afirmaba que la expulsión se llevaría a cabo sin que fuese de aplicación lo dispuesto en los artículos 80,87 y 88 CP. La reforma de 2010 mantuvo el mismo criterio frente a la imposibilidad de ejecución de la expulsión, el cumplimiento de la pena originariamente impuesta o el periodo de condena pendiente, pero añadió como novedad la aplicación de la suspensión o la sustitución de las penas, según el art. 88 del texto legal.

Torres Fernández entiende que la primera versión dada a este precepto en 1995 no contenía mención alguna a esta cuestión; con la LO 11/2003 no cabía la posibilidad de que se impusiesen los sustitutivos y la suspensión genéricos y con la LO 5/2010 se impide, *a priori*, que entren en juego las otras alternativas de los arts.80 a 88 CP, indiferenciadas en cuanto a la nacionalidad del infractor y que solo pueden venir en aplicación “*si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión esta “no pudiera llevarse a efecto”*”, según el art. 89.6 CP<sup>80</sup>.

11. Qué se hace mientras se lleva a cabo expulsión.

La LO 5/2010 es la que introduce por primera vez una previsión específica en el apartado 6 de este precepto 89, que dispone que una vez que se ha decretado la expulsión y mientras esta se lleve efectivamente a cabo, el juez podrá ordenar con el fin de su aseguramiento, el ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos que marca la Ley de Extranjería. Por tanto esta medida no estaba prevista en las dos reformas anteriores, ni la de 1995, que no hacía una regulación expresa de esta cuestión, ni la efectuada con la LO 11/2003, la cual imponía que debía ejecutarse la pena originaria hasta la puesta en marcha de la expulsión, previsión que se reflejaba en la D.A.17<sup>a</sup> de la LO 19/2003.

---

<sup>80</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 225.

Para Torres Fernández<sup>81</sup>, esta reforma parece no haber tomado suficientemente en consideración la naturaleza formalmente penal de la expulsión y el carácter de condenado del extranjero lo que hace que el internamiento en un centro de extranjeros no resulte adecuado para garantizar la ejecución de la pena principal impuesta. A su juicio, dado que ambas disposiciones, tanto la D.A 17ª, como el art.89.6 CP, se hallan en vigor y siendo necesario encontrar un criterio interpretativo que las conjugue, la posibilidad de internamiento en centro de extranjeros es facultativa, dada la literalidad del precepto 89.6 CP, reservándose dicha medida cuando la pena sustituida sea de menor gravedad<sup>82</sup>.

#### 12. A algunos delitos no se les aplica la medida de expulsión por imperativo legal.

El presupuesto de que por imperativo legal determinados delitos están excluidos del régimen de actuación de esta medida no existió siempre, dado que la primera versión de este precepto ubicada en el CP 1995 no contenía previsión alguna, ni tampoco se introdujo con la LO 11/2003, sino que fue a través de la LO 8/2000 como se elaboró el apartado 4 al art.89 CP, para excluir la medida de expulsión cuando la pena a imponer fuese por la comisión de delitos tipificados en los arts. 312,318 bis, 515.6º,517 y 518 del mismo código. Esta regulación se mantiene en parte con la reforma de la LO 5/2010, si bien lo que hace esta ley es eliminar las menciones a los arts. 515.6º,517 y 518, debido a que las conductas que en ellos se recogían fueron ubicadas por la LO 15/2003 en el art. 318 bis y añade además el art. 312 del mismo cuerpo legal.

Para Torres Fernández<sup>83</sup> estas previsiones son una muestra más de la completa subordinación de la política criminal a la de extranjería, de modo que a su juicio el legislador ha decidido que en estos supuestos tan concretos, el derecho penal es un instrumento cualificado para luchar contra la inmigración ilegal, obligando a los que cometen estos tipos de ilícitos a cumplir sus penas en centros penitenciarios españoles y tras ello a ser expulsados conforme a la legislación de extranjería.

---

<sup>81</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 244.

<sup>82</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 246.

<sup>83</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 234.

### 3.1.2. Regulación vigente, a partir de la reforma de LO 1/ 2015 de 30 de marzo.

La LO 1/2015 de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio de 2015<sup>84</sup>, vuelve a cambiar algunos aspectos del art.89 CP.

En primer lugar este se refiere a *penas de prisión de más de un año*. Es decir impone un límite mínimo de un año para que pueda operar la sustitución de la pena de prisión por la expulsión, por tanto, las penas de menor duración no serán sustituidas. Para Yáñez Velasco<sup>86</sup> el ajuste de un año como mínimo para que opere la expulsión es una equiparación al motivo de expulsión administrativa por condena de delito doloso castigado con al menos un año y un día de privación de libertad.

En segundo lugar, el precepto habla de penas *impuestas a un ciudadano extranjero*, es decir ya no se tendrá en cuenta la situación administrativa de irregularidad de la persona que cometa el delito. Según el mismo autor<sup>87</sup>, ahora cualquier extranjero es sujeto pasivo del art.89 CP, que sigue manteniendo la regla fundamental de la expulsión, aunque se matice que para penas superiores a un año y un día, efectivamente impuestas y con la peculiaridad del ciudadano comunitario, igualándose así lo dispuesto en la Ley de extranjería y en este Código Penal.

En tercer lugar, se habla de que estas penas *serán sustituidas por su expulsión del territorio español*. Se sigue manteniendo la obligación en la imposición de la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio.

Por otro lado, en el segundo párrafo de este primer apartado, se introducen dos modalidades de sustitución parcial de la pena, que varían notablemente respecto de lo que anteriormente estaba vigente. El precepto dice así: *Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio*

---

<sup>84</sup> 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. BOE (31-03-2015).

<sup>86</sup> YAÑEZ VELASCO (2015), p. 160.

<sup>87</sup> YAÑEZ VELASCO (2015), p. 191.

*español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional*<sup>88</sup>. Es decir, el legislador determina una serie de supuestos correspondientes a delitos que no superen los cinco años de prisión, donde el juez valorará si procede o no el ingreso en un centro penitenciario, por defender el orden jurídico y restablecer su confianza<sup>89</sup>. Pero, además, la norma incluye un segundo grupo, aplicable a las penas de cinco años de prisión o más, o que por acumulación alcancen ese límite de duración, las cuales propiciarán la expulsión, sólo que ha de darse en todo caso previamente el cumplimiento parcial de la pena de prisión. Tal y como lo expresa Yáñez Velasco<sup>90</sup>, la situación vigente que se presenta es *“la de la necesidad de expulsión en todo caso, para cualquier extensión de penas de prisión que superen el año, relativizada con una expulsión diferida tras el cumplimiento parcial. Esta siempre para penas superiores a cinco años, y solo si bajo la discreción reglada se acuerda por el juez sentenciador en las de duración inferior”*.

Por otro lado, en cuanto al derecho de audiencia del sujeto, este se ha vuelto a omitir en la redacción legal, incluso en trámite de ejecución, pero a pesar de ello según Yáñez Velasco<sup>91</sup>, *“permanece la misma lógica exigencia a favor de un indirecto derecho de audiencia a través de la defensa jurídica”*. Además, el apartado 3º del precepto sigue manteniendo la posibilidad de la decisión de la expulsión tanto en Sentencia, como posteriormente en fase de ejecución, si bien esta última posibilidad tiene carácter de excepcional, para cuando el pronunciamiento en Sentencia no sea posible<sup>92</sup>.

El apartado 4º expresa los motivos por los que el juez puede decidir aplicar la excepción de no sustitución de la pena de prisión por la expulsión. La redacción de este apartado es también algo diferente a sus redacciones precedentes. Así según dicho apartado, no procederá la expulsión cuando *a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada*<sup>93</sup>. Para Yáñez Velasco<sup>94</sup>, esta referencia a circunstancias que hacen

---

<sup>88</sup> El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>89</sup> YAÑEZ VELASCO (2015), p. 140.

<sup>90</sup> YAÑEZ VELASCO (2015), pp. 148-149.

<sup>91</sup> YAÑEZ VELASCO (2015), p. 229.

<sup>92</sup> *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.*

<sup>93</sup> El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.



desproporcionada la expulsión no implica que se impida también la privación de libertad y cuando esta desproporcionalidad de la expulsión se achaca a condenados a penas superiores a dos años de prisión, si no se aplica la sustitución de la pena por la expulsión, este ingresará en prisión, resultando discutible que esto guarde una mejor proporción. El autor entiende que esta situación solamente diferirá la expulsión a un momento posterior y a causas administrativas, por lo que el condenado acabará de igual manera fuera del país, previo cumplimiento de toda o parte de la pena privativa de libertad, lo que se asemeja al cumplimiento parcial discrecional sobre penas de uno a cinco años o preceptivo en penas de más de cinco años de prisión<sup>95</sup>.

Una novedad relevante de este precepto respecto a todos los anteriores es la posibilidad de que, ante circunstancias excepcionales, sea posible la expulsión de ciudadanos nacionales de países comunitarios. Esta expulsión “*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*”<sup>96</sup>.

Los apartados 5º y 6º CP, mantienen la misma dicción que su regulación anterior al establecer el mismo plazo de duración de la prohibición de entrada en el país e incluir también la consecuencia añadida del archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. Por su parte el apartado 7 regula el supuesto de la previsión ante el incumplimiento de la prohibición de entrada en España. Este precepto es prácticamente igual al que preveía el introducido por la LO de 2010, dado que si la persona incumple y entra en el país, *cumplirá las penas que fueron sustituidas*. Pero, a su vez, incluye una circunstancia que parece suavizar el mandato de cumplimiento de la pena de prisión originaria, ya que “*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*”<sup>97</sup>. Si la persona fuera sorprendida en la frontera, se prevé igualmente

---

<sup>94</sup> YAÑEZ VELASCO (2015), p. 161.

<sup>95</sup> YAÑEZ VELASCO (2015), p. 162.

<sup>96</sup> El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>97</sup> El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

su devolución por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

El apartado 8 parece considerar aplicables las dos medidas que se preveían para asegurar que se materialice la ejecución de la expulsión de manera efectiva, la del internamiento de la persona en un centro de extranjeros, entendida como facultativa del juez al expresar que *“podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros”*. Así como que *“en todo caso, 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”*<sup>98</sup>. Por último, el apartado 9 del precepto dispone que a determinados delitos en ningún caso les será de aplicación la medida de expulsión. La única novedad con respecto a la regulación anterior es la referencia a la consideración del art.177 bis CP<sup>99</sup>.

### **3.2 CONFLUENCIA DE LA MEDIDA DEL CÓDIGO PENAL Y LA MEDIDA DE EXPULSIÓN EN LA LEY DE EXTRANJERÍA.**

La Ley de Extranjería<sup>100</sup> (en adelante LOEx) tipifica determinadas infracciones dirigidas a los ciudadanos extranjeros procedentes de terceros países, castigadas en algunos supuestos con la expulsión, bajo la previa incoación del procedimiento administrativo sancionador. La sanción administrativa de expulsión se trasladó por primera vez al Código Penal de 1995 como medida sustitutiva de la pena privativa de libertad a imponer por un juez.

Las causas de expulsión regidas en esta LOEx, se decretan tras el correspondiente procedimiento administrativo sancionador y son por motivos variados, algunos pertenecientes exclusivamente al ámbito del derecho administrativo, como las causas que regula el art. 57.1 en relación con el 53.1 y 54, y otra que trae como causa de expulsión administrativa, la previa comisión de un delito sancionado con pena privativa de libertad de más de un año, regulada en el art.57.2<sup>101</sup>. Pero, dado que esto excede del ámbito del presente trabajo, estas causas de expulsión administrativas no se van a

---

<sup>98</sup> El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>99</sup> El código penal de 1995 y sus posteriores reformas., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>100</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. «BOE» núm. 10, de 12/01/2000.

<sup>101</sup> *Constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.*

desarrollar en la exposición. Se va a tratar solamente el precepto 57.7 LOEx y cómo casa este con el art. 89 CP, es decir, cómo se conjuga el procedimiento de expulsión regulado en aquél precepto respecto a la medida de expulsión traspasada al Código Penal.

El art.57.7 LOEx<sup>102</sup> establece la sustitución del proceso penal en curso por la expulsión administrativa cuando aún no ha recaído condena penal y el extranjero es imputado por la comisión de un delito que contemple la imposición de una pena privativa de libertad menor a 6 años o pena de distinta naturaleza. Además de ello, para que opere este precepto, tiene que haber también un procedimiento administrativo previo de expulsión por alguna de las causas previstas legalmente en la legislación de extranjería. El acuerdo de expulsión proviene de la Administración tras la incoación del correspondiente procedimiento sancionador, siendo el Juez penal quien finalmente autoriza la procedencia de dicha expulsión cuya función va a ser, exclusivamente, la constatación de que el acuerdo gubernativo de expulsión es acorde con los requisitos legales. Para Yáñez Velasco<sup>103</sup> este precepto no debe ser considerado una causa de expulsión en sí misma, sino que las causas se recogen exclusivamente en los apartados primero y segundo del art.57, mientras que este está estableciendo exigencias procedimentales específicas que pretenden armonizar Jurisdicción y Administración. Opina Torres Fernández<sup>104</sup> que su especialidad reside en que el extranjero se encuentra sancionado con la expulsión administrativa y a la vez procesado o inculcado en un procedimiento penal, lo que obliga a obtener la autorización del juez que esté conociendo de ese delito para ejecutar la sanción de expulsión que resulta del procedimiento administrativo. Por ello, recoge simplemente una autorización para que pueda ser ejecutada la medida administrativa sancionadora de expulsión, que en sí misma no tiene contenido punitivo o sancionador<sup>105</sup>.

Dado que el art.57.7 LOEx tiene carácter imperativo, dando primacía a la expulsión administrativa y siendo la opción de continuación de la causa penal una excepción, hay autores que se cuestionan el respeto de este precepto a la presunción de inocencia. Salvador Concepción<sup>106</sup> se plantea tal posible vulneración, al ser la expulsión

---

<sup>102</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

<sup>103</sup> YAÑEZ VELASCO (2015), p. 242.

<sup>104</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 108.

<sup>105</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 108.

<sup>106</sup> CONCEPCIÓN SALVADOR (2014), p. 511.

decretada cuando el extranjero no ha sido aún condenado, sino tan solo imputado. También para Mapelli Caffarena<sup>107</sup> el art.57.7 LOEx supone que antes de que se pueda aplicar el precepto 89 en fase de ejecución de la pena, el extranjero procesado será expulsado durante la instrucción de la causa penal, infringiéndose también a su juicio el principio de presunción de inocencia. Y Muñoz Llorente<sup>108</sup> considera que el fundamento de la expulsión del art.57.7 LOEx es la comisión de un delito o falta y por ello supone una infracción del principio de presunción de inocencia, puesto que la expulsión se realiza antes de que se declare la culpabilidad del sujeto. Por el contrario, Pumpido Tourón<sup>109</sup> entiende que la expulsión del 57.7 no es una sustitución de la condena penal que se pudiera imponer tras el enjuiciamiento y, en ese sentido, la autorización judicial de la expulsión administrativa implica que la eventual responsabilidad penal en la que hubiera podido incurrir el sujeto queda sin declarar de forma que queda ilesa la presunción de inocencia.

Para Rodríguez Yagüe<sup>110</sup>, esta figura supone una renuncia al *ius puniendi* por parte del Estado en favor de un principio de oportunidad subordinado a una política de extranjería, que da preferencia a la expulsión del extranjero frente a la investigación del delito presuntamente cometido. De la misma opinión es Torres Fernández<sup>111</sup> quien afirma que se está renunciando al *ius puniendi* al ser el juez penal quien decide autorizar la expulsión, renunciándose a la conclusión del proceso penal. Es por eso por lo que esta autora afirma que su naturaleza es de *renuncia a la persecución penal, que da lugar a una forma atípica de truncamiento del proceso o un sustitutivo del propio proceso penal*<sup>112</sup>. Una opinión coincidente tiene Tomé García<sup>113</sup>, quien entiende que esta renuncia al *ius puniendi* supone una vulneración de principios básicos del ordenamiento penal, como son los principios de oficialidad, necesidad, indisponibilidad e irrenunciabilidad de la acción penal.

---

<sup>107</sup> MAPELLI CAFFARENA (2005), p. 128.

<sup>108</sup> MUÑOZ LLORENTE, J., “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la LO 11/2003”. *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm.2, 2004, p. 412.

<sup>109</sup> CONDE PUMPIDO TOURÓN, C., “La autorización judicial de la expulsión de los extranjeros durante la instrucción”, *Tratado práctico de los procesos de extranjería. Con referencias a la Ley 38/2002 de reforma parcial de la LECrim, Formularios, jurisprudencia, Legislación y normas comunitarias*. Tomo III, Madrid, 2002, p. 2439.

<sup>110</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE (2012), p. 12.

<sup>111</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 110.

<sup>112</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 112.

<sup>113</sup> TOME GARCÍA J. A., *Intervención del juez penal en la expulsión de extranjeros*, S.A. Colex Editorial Constitución y Leyes, 2007, p. 116.

Miró Llinares<sup>114</sup> se refiere a este precepto 57.7 como la *“agilización del procedimiento de expulsión del extranjero inculcado o procesado por delitos castigados con penas inferiores a seis años”* y entiende que, al no ser necesario que se sustancie el proceso penal, la expulsión administrativa beneficia a los extranjeros que sí cometieron el hecho, porque a estos se les va a expulsar pero en base a la Ley de Extranjería, la cual establece un tiempo de prohibición de entrada inferior al que fija el art.89 CP y, al contrario, perjudica a quienes sean inocentes, dado que se les expulsará con la prohibición de entrada en España durante un plazo considerable por una mera sospecha de delito<sup>115</sup>.

En cuanto a la naturaleza del precepto, Torres Fernández<sup>116</sup> afirma que es administrativa por la necesidad de incoar el correspondiente procedimiento administrativo sancionador. A diferencia de lo que considera Rodríguez Yagüe<sup>117</sup>, quien entiende que su naturaleza, aunque incluida en una ley de ámbito administrativo, es judicial porque es el juez quien finalmente autoriza la expulsión.

Martínez Pardo<sup>118</sup> entiende que las razones que impulsan esta medida son utilitaristas, *“porque se parte de que considerado globalmente el problema, es preferible conseguir su expulsión del territorio nacional, ahorrando costes derivados de su enjuiciamiento penal o de la correspondiente ejecución, partiendo de que el destino final va a ser la expulsión”*. Y para Torres Fernández<sup>119</sup> el fundamento se puede dividir en dos posibilidades, sancionar al extranjero por haber cometido un ilícito administrativo y controlar los flujos migratorios, es decir, a quienes han entrado en el territorio nacional sin cumplir los requisitos exigidos legalmente.

Tal y como afirma Torres Fernández, son los sujetos pasivos de todas las medidas de expulsión de la Ley de Extranjería los que marcan la diferencia con el art.89 CP, ya que la expulsión administrativa está prevista para todos los extranjeros con independencia de que su situación de estancia o residencia sea regular o no<sup>120</sup>. Si bien con la última reforma del CP de 2015 se equipara la situación en ambas leyes al

---

<sup>114</sup> MIRÓ LLINARES (2008), p. 24.

<sup>115</sup> MIRÓ LLINARES (2008), pp. 24-25.

<sup>116</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 108.

<sup>117</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE (2012), p. 11.

<sup>118</sup> MARTÍNEZ PARDO (2012), p.30.

<sup>119</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 146-147.

<sup>120</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 109.

suprimirse del Código Penal la referencia exclusiva a los extranjeros residentes de manera irregular.

Al ser la finalidad del art.57.7 paralizar el proceso penal, Torres Fernández<sup>121</sup> considera que el momento límite hasta el cual se puede invocar dicho precepto deberá ser la decisión de abrir juicio oral. Pumpido Tourón<sup>122</sup> entiende que la autorización puede concederse en cualquier momento del proceso penal anterior al enjuiciamiento y posterior a la declaración al extranjero en calidad de imputado.

Por lo que respecta a la cuestión de qué sucede en el supuesto de que unos mismos hechos presenten indicios de ser constitutivos de infracción administrativa sancionable con expulsión y de delito y de que esos hechos motiven la incoación simultánea de dos procedimientos uno administrativo y otro penal, Torres Fernández<sup>123</sup> entiende que la coincidencia habrá de ser resuelta de acuerdo con el principio *non bis in idem*<sup>124</sup>. Tomé García también es de la misma opinión y afirma que este principio exige que el procedimiento administrativo se paralice cuando los hechos objetos del mismo sean constitutivos de delito o falta, para concluir que los hechos que han dado origen al proceso penal en el que se solicita la autorización de expulsión, no pueden justificar al mismo tiempo la expulsión administrativa y que por tanto el juez penal sólo puede autorizar la expulsión cuando esta ha sido acordada por infracciones diferentes a las que están siendo objeto del proceso penal<sup>126</sup>.

Para Salvador Concepción<sup>127</sup> el conflicto entre el ámbito administrativo y el ámbito penal por la posible colisión del principio *non bis in idem* ha sido zanjado por la jurisprudencia, al afirmar que la expulsión administrativa en su concurrencia con la condena penal no incumple este principio, al ser los fundamentos y los bienes jurídicos a proteger distintos: para la expulsión es una política de extranjería, mientras que la condena penal responde a una política criminal. Pero para la autora esto supone que “*se esté reconociendo tácitamente que la intención del legislador no fue alcanzar con la expulsión fines preventivos sino penitenciarios*”. En opinión de Asúa Batarrita<sup>128</sup>, la ejecución de la sanción administrativa de expulsión es incompatible con el

---

<sup>121</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 118.

<sup>122</sup> CONDE PUMPIDO TOURÓN (2002), p. 2419.

<sup>123</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 123.

<sup>124</sup> TORRES FERNÁNDEZ (2012), p.123.

<sup>126</sup> TOME GARCÍA (2007), pp. 133-134.

<sup>127</sup> CONCEPCIÓN SALVADOR (2012), pp. 104-105.

<sup>128</sup> ASUA BATARRITA (2002), p. 67.

cumplimiento de una pena privativa de libertad y la secuencia lógica debería ser la ejecución sucesiva de ambas sanciones, comenzando por la sanción penal.

#### **4. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELATIVA A ESTA MEDIDA SUSTITUTIVA.**

A partir de las diferentes regulaciones que se han dado en las sucesivas reformas de este art.89 CP, la jurisprudencia ha realizado una labor de modulación de este precepto para reconducirlo, sobre todo en algunas cuestiones concretas. En este apartado se realizará un pequeño recorrido por algunas de las resoluciones elaboradas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo cuyo origen se encuentra, a su vez, en decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ponen de manifiesto cómo se han afilado las prescripciones legales.

Las Sentencias de los Tribunales se agruparán por temas y se expondrá un resumen de los principales, los que en más ocasiones han sido objeto de pronunciamientos, para hacer así una recopilación de algunas de las Sentencias que han ido modulando las reformas legales expuestas en el apartado anterior.

##### **4.1. JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- Diferente carga aflictiva de la medida de expulsión.

El Tribunal Constitucional (en adelante TC) se ha pronunciado ya en los primeros momentos, si bien refiriéndose en el inicio a la expulsión de la legislación de extranjería, sobre la diferente carga aflictiva que tiene esta medida, diferenciando según solicite el acusado o se decrete por el juez. Como ejemplo de Sentencia paradigmática en este punto está la Sentencia 203/1997, de 25 de noviembre<sup>130</sup>, en cuyo FJ3º se expresaba lo siguiente: “*se hace necesario distinguir la expulsión a instancia del interesado y la expulsión de oficio, dado que la relevancia constitucional de los problemas que se plantean en ambos casos es bien distinta*”, copiando a continuación lo dispuesto por él mismo en Sentencia 242/1994, de 20 de julio<sup>131</sup>, respecto a que la expulsión no voluntaria “*se concibe como una medida que responde a una conducta incorrecta del extranjero*”, (...) “*no tratándose de una pena, pero pudiendo llegar a ser cuando no se acepta por el acusado, una medida restrictiva de derechos*”. En cambio,

---

<sup>130</sup> STC 203/1997, de 25 de noviembre

<sup>131</sup> STC 242/1994, de 20 de julio

cuando la expulsión la solicita el acusado, siguiendo su Auto 33/1997, el TC entiende que “*se produce una concesión de un beneficio que consiste en eludir la privación de libertad*”.

- Motivación de la decisión de expulsión.

El TC se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de la necesidad de motivación de la resolución que resuelve la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión. En la Sentencia antes citada, la 203/1997 de 25 de noviembre, FJ5º, se entiende que la resolución de la AP de Málaga ha violado el derecho a una resolución motivada, exigencia que se refuerza cuando se trate de resoluciones que afecten de alguna manera a la libertad y, literalmente, entiende que “*en la medida en que está en juego la libertad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, no solo exige resoluciones motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en que la constitución permite la afectación de ese valor superior*”<sup>132</sup>,

- Trámite de audiencia:

También el TC se ha pronunciado sobre la necesidad de dar cumplimiento al trámite de audiencia del acusado entendiendo, por ejemplo, ya en la Sentencia 242/1994, de 20 de julio, referida a la legislación de extranjería, que: “*Ha de existir 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 y para lograr esta ponderación, la audiencia del extranjero resulta fundamental, pues solo con ella es posible exponer, discutir y analizar el conjunto de circunstancias en que la expulsión ha de producirse. Se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que de forma clara e inequívoca, permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita. Es preciso comprobar, si además de ocasión de defenderse, se le ofreció una adecuada oportunidad de exponer sus razones en favor o en contra de la expulsión (...)*”. FJ4º<sup>133</sup>”

---

<sup>132</sup> STC 203/1997 de 25 de noviembre.

<sup>133</sup> Otros pronunciamientos destacados: STC 99/1985, de 30 de septiembre, STC 37/2007 de 12 de febrero.



- Aplicación de los sustitutivos genéricos de art. 88 CP

Dado que la LO 11/2003 dispuso expresamente que la *expulsión se llevará a cabo, sin que sean de aplicación los restantes sustitutivos genéricos*, la cuestión de si estos eran aplicables cuando la expulsión no pudiera ejecutarse, fue resuelta por el TC mediante Auto del Pleno 132/2006 de 4 de abril<sup>134</sup> el cual tiene su origen en una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado núm.3 de Alicante sobre esta disposición legal. El Constitucional inadmite dicha cuestión al entender que no vulnera el principio de igualdad y afirmar que *“a partir de una interpretación sistemática o teleológica se obtiene la conclusión contraria a la que plantea el Juzgado núm.3 de Alicante, esto es, que el extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido, tiene acceso, en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los arts. 80, 87 y 88 CP, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España”*.

- Acumulación de condenas.

El TC también se ha pronunciado en relación a la cuestión de que se decida la expulsión una vez que el condenado ya ha empezado a cumplir la pena de privación de libertad originariamente impuesta. Lo ha hecho, entre otras, en la Sentencia 145/2006, de 8 de mayo, en la que el sujeto fue condenado a tres años de prisión, comenzando el 28 de junio de 2001 a cumplir la pena privativa de libertad. Dado que entre medias entró en vigor la LO 11/2003, la AP modificó el criterio y decidió mediante Auto decretar la expulsión, en base a esta nueva redacción del precepto. Para el Constitucional, esto rompe con la regla de razonabilidad porque *“el texto del art. 89 CP vigente al tiempo de dictarse sentencia, facultaba al juez para acordar la sustitución, y nadie la acordó”* y porque a su juicio sólo cabe acordar la expulsión en fase de ejecución si la pena es superior a 6 años, para concluir que *“de ejecutarse las resoluciones, no estaríamos ante una verdadera sustitución, sino que dado el avanzado estado de cumplimiento de la pena, se produciría una acumulación sucesiva de la pena y la medida de expulsión, lo que solo puede ocurrir cuando sea una pena superior a 6 años”FJ4º*.

---

<sup>134</sup> ATC 132/2006 de 4 de abril

## 4.2. JURISPRUDENCIA TRIBUNAL SUPREMO

- Forma de decretarse la medida, potestad jurisdiccional o mandato legal.

Como se ha expuesto en el apartado anterior, referente a las diferentes reformas legales por las que ha atravesado esta medida, una muy importante surgida con la LO 11/2003, fue la de modificar la potestad del juez de decretar la medida de expulsión por la obligación legal de la imposición. Esta cuestión desencadenó una abundante jurisprudencia, liderada por el Tribunal Supremo (en adelante TS), tras la promulgación de su sobresaliente Sentencia 901/2004, de 8 de julio<sup>135</sup>, que ha sido seguida en numerosos pronunciamientos posteriores. Lo que en esta Sentencia expresa el Alto Tribunal es que la obligatoriedad en la ejecución de la expulsión, entendida por este como automatismo, no puede ser tal, sino que habrán que tenerse en cuenta todas las circunstancias concurrentes del caso a la hora de decidir esta medida. Para el TS esta reforma responde únicamente a “*criterios utilitaristas, defendistas y de política criminal*”, los cuales para ser válidos han de ir precedidos del correspondiente juicio de ponderación, lo que supone analizar caso por caso y no decretar la medida como algo directo. El Tribunal basa su argumento del examen individualizado de cada caso, en relación a la garantía de trámite de alegaciones y prueba, siguiendo la jurisprudencia desarrollada por el TEDH. Por tanto, el TS esgrime el argumento que se repetirá en los posteriores pronunciamientos, al afirmar que: “*Para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible 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 tal decisión*<sup>136</sup>”

---

<sup>135</sup> STS 901/2004 de 8 de julio.

<sup>136</sup> Otras Sentencias destacadas que han seguido a esta, en cuanto a la matización de la obligación de expulsión son: STS 636/2005 de 17 de mayo, STS 710/2005 de 7 junio, STS 906/2005 de 8 de julio, STS 338/2005 de 23 noviembre, STS 366/2006 de 30 de marzo, STS 601/2006 de 31 de mayo, STS 832/2006 de 24 de julio, STS 166/2007 de 14 de febrero, STS 682/2007 de 18 de julio, STS 125/2008 de 20 de febrero, STS 165/2009 de 12 de febrero, STS 498/2009 de 30 de abril.

- Audiencia del penado:

Este ha sido el derecho personal del extranjero durante el proceso penal sobre el que más se ha pronunciado la jurisprudencia, tanto el TC como el TS. Entre sus numerosos pronunciamientos, podemos destacar la Sentencia 17/2002 de 21 de enero<sup>137</sup> si bien, anterior a la LO 11/2003, que es la que suprime el derecho de audiencia del acusado, ya en el FJ2º de esta ST, se acuerda la nulidad de la medida de expulsión, al haberse incumplido la necesidad de oír al acusado antes de decidir sobre la sustitución de la pena por la expulsión. Por ello, tras la eliminación legal de la necesidad de dar cumplimiento a este trámite, el Alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre su conveniencia, entre otras, en la Sentencia 710/2005 de 7 de junio<sup>138</sup>, en la cual se expresa de la siguiente manera: *“Al no ser automática la sustitución de la pena por la expulsión, en cuanto exige algunos requisitos sobre los que puede practicarse prueba, y en cuanto cabe una excepción basada en las características del hecho criminal, incluidas las circunstancias del culpable, es preciso oír al acusado sobre la cuestión, que haya existido la posibilidad de que este proponga prueba, y alegue lo que le convenga (...)”*<sup>139</sup>

- Motivación de la decisión

Junto con la reiterada exigencia de cumplimiento del trámite de audiencia como un derecho personal del acusado, con la misma determinación se pronunció el TS acerca de la motivación de la decisión, no solamente para cuando el sentido de esta decisión fuese el de la excepción del cumplimiento de la pena en un centro penitenciario en España, sino para cuando este decretaba la expulsión. Entre otras, podemos destacar la Sentencia 601/2006 de 31 de mayo<sup>140</sup> en la que este elimina el fallo de la decisión de expulsión por falta de motivación de la Sentencia en cuanto a la medida de expulsión, afirmando que *“el punto de unión de ambas reflexiones –el tratamiento discriminatorio en favor de los extranjeros respecto de los nacionales, que supone el automatismo en la expulsión,*

---

<sup>137</sup> STS 17/2002 de 21 de enero

<sup>138</sup> STS 710/2005 de 7 de junio

<sup>139</sup> Son destacables otras, como STS 338/2005 de 23 noviembre STS 35/2007 de 25 de enero, STS 682/2007 de 18 de julio, STS 1116/2007 de 29 de noviembre.

<sup>140</sup> STS 601/2006 de 31 de mayo

*así como la posible gratuidad del primer delito- es la exigencia de introducir una valoración individualizada y una decisión motivada”<sup>141</sup>*

- Principio acusatorio

Podemos destacar la Sentencia 165/2009, de 19 de febrero, en la cual se resuelve un recurso interpuesto contra una Sentencia de la AP que acuerda la sustitución de la pena de prisión por la expulsión sin haberlo interesado el Fiscal y con la oposición expresa de la defensa. Esta recurre en base a una vulneración del principio acusatorio. El Alto Tribunal, en cambio, entiende que no se ha vulnerado tal principio, aunque el MF no haya solicitado la expulsión, *“dado que se trata de aplicar el principio general vinculante a favor de la expulsión. No habiendo existido además indefensión, ya que el tribunal a quo había oído al acusado y a todas las demás partes personadas. Ha existido una valoración individualizada de las circunstancias, de la que tampoco se desprende la conveniencia de la posibilidad excepcional de no acordar tal expulsión”* (FJ2ºap.3). El Tribunal continúa afirmando que desde un principio acusatorio, dadas las características de la expulsión, sería aconsejable que esta viniera precedida de una petición de la acusación, pero al contemplar la ley la sustitución como regla general exigiendo exclusivamente la previa audiencia del MF, no entiende como necesaria la petición del MF. (FJ3º).

- Circunstancias que impiden la sustitución de la pena por la medida de expulsión:
  - Naturaleza del delito.

Como ya se ha expresado en el apartado de las reformas legislativas, fue la LO 11/2003 la que entendió como excepción a la sustitución de la pena por la expulsión *“que la naturaleza del delito justificase el cumplimiento de la pena en centro penitenciario español”*. A raíz de ahí la jurisprudencia ha ido elaborando criterios y entendiendo que a determinados delitos había de aplicárseles la consecuencia del cumplimiento de la pena íntegra en nuestro país. Es destacable la Sentencia 949/2009 de 28 de septiembre, que afirmó que esta reforma de 2003 obligó a seguir diferentes criterios interpretativos dependiendo en la cuantía de la pena impuesta. Por ello, *“en las penas de prisión inferiores a dos años, al estar dentro de un periodo donde generalmente se prioriza la reinserción del penado a través de otros sustitutivos, habrá*

---

<sup>141</sup> Entre otras, se pueden citar, STS 901/2004 de 8 de julio, STS 636/2005 de 17 de mayo, STS 710/2005 de 7 de junio, 906/2005 de 8 julio, 1162/2005 de 11 octubre, 1231/2006 de 23 de noviembre.

*que individualizar el entorno personal y social del extranjeros, para ajustar la aplicación del art.89 al principio de proporcionalidad”. En cambio, “para penas comprendidas entre los dos hasta los seis años de prisión, el automatismo puede generar situaciones de impunidad, al reaccionar el sistema penal frente a la comisión de delitos de gravedad, simplemente con la expulsión del extranjero.”*

- En particular delitos relacionados con la salud pública.

Ya desde la promulgación de Ley 11/2003, le doctrina del Tribunal Supremo ha ido modulando el automatismo en la imposición de la expulsión que esta norma introdujo. Un caso muy particular, en el que generalmente ha habido acuerdo, es el de los delitos por tráfico de drogas y contra la salud pública, en los que se entendió que, cuando fuesen delitos de notoria gravedad, debía de darse el cumplimiento de la pena en España, o por lo menos de una parte de la condena, para ejecutarse posteriormente la expulsión. Es destacable la afirmación que hace el TS, en la Sentencia 313/2015 de 27 de mayo, en cuyo FJ2º, ap.2 se dice que *“las alteraciones normativas en materia de expulsión como medida sustitutiva de la pena, han sido abundantes, y en tal evolución legislativa se ha podido evidenciar un cambio de la naturaleza de la medida, que siendo inicialmente de carácter imperativo, fue modulándose hasta distinguir supuestos, so pena de convertir el derecho penal en algo ineficaz, sobre todo delitos como son los de tráfico de drogas”*. En esta misma Sentencia se acaba confirmando, en el FJ4º, ap.2, la denegación de la sustitución de la pena por la expulsión, dado que *“el condenado se hace acreedor de una pena de cierta entidad, cuya inejecución conllevaría un importante déficit en la función disuasoria que la norma penal ha de cumplimentar con respecto a la conducta delictiva”*. Para el Supremo, en casos de delitos contra la salud pública de cierta gravedad, *“la aplicación de art. 89 CP, ha de matizarse y ponderarse en el caso concreto atendiendo a la entidad del delito, a la forma de ejecución, a los motivos del acusado y objetivos que pretendía con la conducta delictiva”*<sup>142</sup>.

---

<sup>142</sup> Otras sentencias similares que también deniegan la sustitución de la pena, debido a tratarse de un delito de tráfico de drogas o contra la salud pública, son la STS 906/2005, de 8 de julio, STS 172/2006 de 17 de febrero, STS 531/2010 de 4 de junio, STS 791/2010 de 28 de septiembre, STS 245/2011 de 21 de marzo.

Sobresale el criterio asumido por todas las Secciones de lo penal de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de mayo de 2004, en donde se entendió que *“con la aplicación automática y rutinaria de la sustitución de la pena por la expulsión del extranjero a su país de origen, se estaría promoviendo la comisión de delitos graves dentro del territorio nacional”, de ahí que cuando las penas sean superiores a tres años, y más aún cuando se vayan aproximando a los seis, no se estime razonable la concesión de la expulsión hasta que se cumpla la mitad de la pena, sin embargo dadas las especialidades de cada caso concreto,*

- Razones que justifican el cumplimiento de la pena en España.

Respecto a esta cuestión es relevante la Sentencia 738/2013, de 4 de octubre, ya que hace una mención del recorrido del Alto Tribunal destinado a suavizar la literalidad, y adecuar su interpretación a los tratados internacionales, a la jurisprudencia que los interpreta, procurando aliviar el automatismo que implantó la reforma de 2003. Destacan también sentencias del TC, en las que ambos coinciden en que habrá que valorar muchas circunstancias concurrentes en el caso, todo ello en el marco de un debate contradictorio, donde se respeten todas las garantías del proceso. Afirmando en su FJ11º ap.2 que *“si bien el legislador en su reforma del art.89 operada por la LO 11/2003 ha tendido a tutelar ciertos objetivos específicos de la política de extranjería o de inmigración, ello 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. Deben compatibilizarse los objetivos de la política de inmigración con las exigencias preventivo generales y con el favorecimiento de la prevención especial”*. Entendiendo además que con la reforma de 2010, *“la expulsión sigue siendo imperativa, si bien, se ha implantado una cláusula de excepción de amplia cobertura referida a las razones que justifiquen el cumplimiento de la pena en España (...), entre otras las relacionadas con las circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, al 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”<sup>143</sup>*.

- Situación administrativa de residencia irregular del condenado.

La jurisprudencia del TS ha ido encaminada en otras ocasiones a corregir la aplicación de este precepto 89.1 CP porque se había aplicado a extranjeros que no eran residentes irregulares en España. Dejando así bien claro que la norma penal sólo iba dirigida a los extranjeros irregulares. Por ejemplo, en la Sentencia 636/2005 de 17 de mayo, declara improcedente la aplicación de la medida de expulsión a la persona por disfrutar de permiso de residencia. Lo mismo resuelve la Sentencia 696/2006 de 27 de

---

*pueden darse decisiones de otra índole que se muestren más justas en el caso concreto.”* Este criterio fue confirmado por el Tribunal Supremo, entre otras, en la STS 1216/2009 de 3 de diciembre, o STS 853/2010 de 15 de octubre, el cual firma que *“si se admite la no aplicación de la expulsión de forma total con el efecto del cumplimiento íntegro de la pena en centro penitenciario, las mismas razones facultan al tribunal para que de forma motivada, para penas inferiores a seis años, acuerde la sustitución por la expulsión, una vez que se haya cumplido parte de la condena, en este caso la mitad.”*

<sup>143</sup>Como otros ejemplos de pronunciamientos similares, podemos citar: STS 919/1999, de 2 de junio, STS 1231/2006 de 23 de noviembre, 108/2007 de 13 de febrero, 14072007 de 26 de febrero, STS 125/2008 de 20 de febrero, STS 165/2009 de 19 de febrero, STS 949/2009 de 28 de noviembre.

junio que afirma, en su FJ3º, que es razón suficiente para estimar el recurso que “*no consta que la situación en España fuese de residencia ilegal*”. Como ya se ha expuesto, esta referencia a personas sin residencia legal, se ha suprimido a raíz de la promulgación de la Ley 1/2015<sup>144</sup>.

- Posible acumulación de penas en la medida de sustitución parcial o simple sustitución de una parte de la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión.

Es destacable en esta cuestión la ya citada Sentencia 738/2013, de 4 de octubre, en la que se expresa que con la nueva versión que tuvo lugar en 2010, en cuanto a la sustitución parcial de la pena de prisión por la expulsión del territorio, se daba intervención a las partes para adoptar la medida y además la decisión podía acordarse en sentencia o durante su ejecución. Este recurso tiene su origen en el hecho de que, al haberse decretado al sustitución parcial en sentencia, la defensa entiende que esto supone la imposición de una pena acumulativa a la pena privativa de libertad que ya se está cumpliendo. El Alto Tribunal, en cambio, afirma que no ha habido error al decretarse la expulsión en el momento de la sentencia, pero deja de todas formas la puerta abierta a la posibilidad de que, si cambian las circunstancias, pueda cambiar el sentido del pronunciamiento en el futuro, al expresar en su FJ11º ap.3, que “*siempre cabe la posibilidad de que cuando cumpla el tercer grado o las tres cuartas partes de la pena solicite que se deje sin efecto la medida de expulsión por concurrir nuevas circunstancias personales o de otra índoles que afecten al fin de la rehabilitación especial de la pena, y que justifiquen la modificación de la medida acordada años antes.*”

---

<sup>144</sup> Como otros ejemplos de sentencias que tratan el tema de la situación administrativa de irregularidad de los extranjeros, podemos citar: STS 1027/2009 de 22 de octubre, STS 329/2010 de 21 de abril, STS 1016/2010 de 24 de noviembre, STS 718/2014 de 30 de octubre.

## 5. CONCLUSIONES.

Tras el análisis expuesto sobre los diferentes elementos de la medida de expulsión de los extranjeros del país como sustitutivo de la pena privativa de libertad, regulada en el artículo 89 del Código Penal, la primera conclusión que podemos extraer, es la de que, formalmente, esta es una medida de carácter penal porque así ha sido incorporada al Código Penal y utilizada por los Jueces y Tribunales de este orden. Sin embargo, también queda claro que el origen de la misma es administrativo, siendo una de las medidas paradigmáticas de tal ámbito contenida en la Ley de Extranjería, utilizada en el marco de un procedimiento administrativo sancionador tras la comisión por una persona extranjera de alguna de las infracciones que lleva aparejada dicha sanción, tipificada así en ese texto legal. Por tanto, la misma medida, aunque utilizada de maneras diferentes, convive en ambos ordenamientos jurídicos.

Por otro lado, al compartir esta medida de expulsión, contenida en el artículo 89 del Código Penal,—ubicación junto con el precepto 88, que hace referencia a la sustitución de penas privativas de libertad por otras penas de distinta naturaleza, la multa o los trabajos en beneficio de la comunidad—, parece claro que la intención del legislador en este caso fue la de buscar alternativas a la prisión que fuesen menos gravosas y que aumentasen las posibilidades para la persona de resocializarse y reintegrarse en la sociedad de la manera más fácil posible, evitando por otra parte los efectos perniciosos que tiene la cárcel. Por ello, en cuanto a la primera cuestión, que hace referencia a la naturaleza jurídica del artículo 89, puede concluirse, tras la lectura de ambos preceptos, que la doctrina expuesta se muestra de acuerdo, en general, en considerar que no se trata de una pena, ni porque aparezca tipificada expresamente como tal en el Código —a diferencia de las otras medidas sustitutivas—, ni porque cumpla los fines genéricos de prevención general y especial que las penas deben cumplir. Por tanto, el artículo 89 del Código Penal está regulando la sustitución de una pena privativa de libertad (prisión) por una medida, destinada a un grupo diferenciado de personas de la sociedad, a la que no se puede llamar pena, puesto que no cumple tales estándares propios del derecho penal.



Precisamente por el hecho de no ser una pena, al no cumplir sus presupuestos y fines, la doctrina ha planteado dudas sobre si esta medida encaja dentro de la sección dedicada a los sustitutivos de las penas de prisión por otras penas, aunque de distinta naturaleza que la pena de prisión. El hecho de que la causa de la expulsión, sea una circunstancia concreta, como es la condición de extranjero de la persona, que a su vez es la decisiva a la hora de decretar o no esta medida, hace que la misma pueda parecer extraña bajo consideraciones estrictamente penales: los sustitutivos penales se basan en razones objetivas claras, es decir, el Código Penal prevé especialidades por las que a determinadas personas, ya sea por causa de enfermedad, adicción al alcohol o las drogas, por minoría de edad, etc., no se les va a decretar la pena de prisión, reemplazada en estos casos por otra consecuencia penal. Sin embargo, en el art.89 CP, el motivo por el que la pena será sustituida se basa, exclusivamente, en la nacionalidad de la persona, extranjera sin residencia legal en nuestro país y, a partir de la reforma con la Ley 1/2015 de 30 de marzo, simplemente por ser extranjera.

La medida de expulsión, que es aparentemente ajena al derecho penal, puesto que su origen es administrativo, se basa exclusivamente en la consideración de extranjera de la persona, por lo que los fines que persigue, según muchos autores, parecen responder, más bien, a motivos de política de extranjería que a los de política criminal, al permitir la utilización de la vía del proceso penal para acortar el procedimiento de expulsión de las personas extranjeras que cometen ilícitos penales, priorizándose la salida del extranjero del país sobre la potestad jurisdiccional de hacer cumplir las penas, sirviendo, además, a fines de política penitenciaria que pretenden el ahorro de los gastos que supone el ingreso y el transcurso del tiempo en prisión.

La medida de expulsión, propia del ámbito administrativo, en concreto del derecho de extranjería, fue traspasada al Código Penal ya en el año 1995 y siempre se ha mantenido en las sucesivas reformas del texto penal, si bien con variaciones en algunos de sus aspectos. Pero quizás en la práctica, no sea simplemente una medida paralela a la contenida en la Ley de extranjería aplicable por el juez penal, ya que, debido a las reformas legales que ha experimentado -desde su incorporación al CP 1995, pasando por las reformas operadas por la Ley 11/2003 de 19 de marzo y 5/2010 de 22 de junio- y, sobre todo, por el trabajo de interpretación y remodelación que ha hecho la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, se ha integrado en el derecho penal. Y el juez penal, cuando decide si decretarla o no como

sustitutivo de la pena, lleva a cabo valoraciones y hace consideraciones relacionadas con los principios constitucionales y legales que inspiran el ordenamiento jurídico y, en concreto, el ordenamiento penal. Esto permite concluir que ya no es una simple medida administrativa, puesto que el juez que está decidiendo si imponerla como una consecuencia penal con la que sustituir la pena de prisión, está haciendo valoraciones del caso concreto en relación con todas las circunstancias que allí concurren y todas estas consideraciones se hacen teniendo en cuenta principios y valores constitucionales y de derecho penal. Aunque también es claro que los presupuestos y fines que inspiran esta medida de sustitución de la pena por la expulsión son diferentes a los del resto de motivos por los que se regulan penas y consecuencias del delito en el derecho penal, razón por la cual algún sector de la doctrina defiende su salida del Código Penal y que su regulación sea exclusiva del derecho administrativo, al ser este su ámbito originario.

## BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES.

- ASÚA BATARRITA, A., “La expulsión del extranjero como alternativa en el Código penal”, en P. LAURENZO COPELLO (Coord.): *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 44 -96.
- ARZAMENDI DE LA CUESTA, J.L., “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el código penal español de 1995”, en J.I. ECHANO BASALDÚA (Coord.), *Estudios jurídicos en Memoria a José María Lidón*. Bilbao, 2002, pp. 125-152.
- CONDE PUMPIDO TOURÓN, C., “La autorización judicial de la expulsión de los extranjeros durante la instrucción”, *Tratado práctico de los procesos de extranjería. Con referencias a la Ley 38/2002 de reforma parcial de la LECrim, Formularios, jurisprudencia, Legislación y normas comunitarias*. Tomo III, Madrid, 2002.
- FLORES MENDOZA, F. “La población reclusa extranjera en el sistema penitenciario español”, en J. DANIEL CESANO (Coord.): *Cárcel, inmigración y sistema penal*, Ediar, Buenos Aires, 2008, pp. 97-132.
- CANCIO MELIÁ, M., “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art 89 CP)”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Pamplona 2005, pp. 183-215.
- GONZALEZ CAMPO, E., “La expulsión del extranjero como sustitutivo penal en la reforma del Código Penal y en la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, introducida por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre”, *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, núm. 4, 2003.
- GRACIA MARTÍN. L. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- IZQUIERDO ESCUDERO, F.J., *Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal. Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 106/1997 de 17 de abril*. La Ley, D-288, 1997.
- LEANDRO VIERIA DA COSTA, P., “La expulsión de los extranjeros *sin papeles*”. RJUAM, nº 21, 2010, pp. 149-168.
- MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*. Thomson Civitas. Navarra 2005.

- MARTÍNEZ PARDO, V. J., “La expulsión de extranjeros como sustitutiva de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad”. *Revista del Instituto Universit. de investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, 2012, pp. 29-51. Accesible en: <http://www.uv.es/reccrim/reccrim12/reccrim12a01.pdf>.
- MIRÓ LLINARES, F., “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España”. *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*. Artículos RECPC 10-05 (2008).
- MUÑOZ LLORENTE, J., “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la LO 11/2003”. *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm.2, 2004.
- MUÑOZ RUIZ, J., “La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas”. *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*. Artículos RECPC 16-05 (2014).
- NAVARRO CARDOSO, F., “Expulsión “penal” de extranjeros: una simbiosis de derecho penal “simbólico” y derecho penal del “enemigo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 17, 2006.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Artículos RECPC 14-07 (2012).
- SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “La expulsión del extranjero como castigo penal”. *Revista internacional de estudios migratorios*. Vol. 2 (2012), Art Núm. 006, pp. 93-116.
- SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “El inmigrante ante la sanción penal”. *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014, pp. 507-545.
- TOME GARCÍA, J. A., *Intervención del juez penal en la expulsión de extranjeros*, S.A. Colex Editorial Constitución y Leyes, 2007.
- TORRES FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> E., *La expulsión de extranjeros en Derecho penal.*, La Ley, 2012.
- YAÑEZ VELASCO, R., *Extranjero y proceso penal: Controversias sobre la expulsión del territorio nacional*. Reus, Madrid, 2015.

### **LEYES:**

- *El Código Penal de 1995 y sus posteriores reformas.*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, «BOE» núm. 10, de 12/01/2000.
- 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, «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27061 a 27176.

### **ÍNDICE JURISPRUDENCIAL:**

- Resoluciones del Tribunal Constitucional.  
*<http://hj.tribunalconstitucional.es/>*  
STC 99/1985, de 30 de septiembre.  
STC 242/1994, de 20 de julio  
ATC 33/1997, de 10 de febrero.  
STC 203/1997, de 25 de noviembre  
ATC 132/2006, de 4 de abril  
STC 145/2006, de 8 de mayo.  
STC 37/2007, de 12 de febrero.
- Resoluciones del Tribunal Supremo.  
*<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>*  
STS 17/2002, de 21 de enero (Roj: 238/2002)  
STS 901/2004, de 8 de julio (Roj: 4932/2004)  
STS 636/2005, de 17 de mayo (Roj: 3149/2005)  
STS 710/2005, de 7 de junio (Roj: 3611/2005)  
STS 906/2005, de 8 de julio (Roj: 4626/2005)  
STS 338/2005, de 23 noviembre (Roj: 7150/2005)  
STS 1162/2005, de 11 octubre: (Roj: 6050/2005)  
STS 172/2006, de 17 de febrero (Roj: 1035/2006)  
STS 366/2006, de 30 de marzo (Roj: 1803/2006)

STS 601/2006, de 31 de mayo (Roj: 3143/2006)  
STS 696/2006, de 27 de junio (Roj: 4067/2006)  
STS 832/2006, de 24 de julio (Roj: 4406/2006)  
STS 1231/2006, de 23 de noviembre (Roj: 7992/2006)  
STS 35/2007, de 25 de enero (Roj: 97/2007)  
STS 108/2007, de 13 de febrero (Roj: 902/2007)  
STS 166/2007, de 14 de febrero (Roj: 1218/2007)  
STS 140/2007, de 26 de febrero (Roj: 1944/2007)  
STS 682/2007, de 18 de julio (Roj: 5270/2007)  
STS 1116/2007, de 29 de noviembre (Roj: 8776/2007)  
STS 125/2008, de 20 de febrero (Roj: 606/2008)  
STS 165/2009, de 19 de febrero (Roj: 1088/2009)  
STS 498/2009, de 30 de abril (Roj: 3030/2009)  
STS 949/2009, de 28 de septiembre (Roj: 6134/2009)  
STS 1027/2009, de 22 de octubre (Roj: 6472/2009)  
STS 329/2010, de 21 de abril (Roj: 1751/2010)  
STS 531/2010, de 4 de junio (Roj: 3547/2010)  
STS 791/2010, de 28 de septiembre (Roj: 4840/2010)  
STS 1016/2010, de 24 de noviembre (Roj: 6215/2010)  
STS 245/2011, de 21 de marzo (Roj: 2143/2011)  
STS 738/2013, de 4 de octubre (Roj: 5099/2013)  
STS 718/2014, de 30 de octubre (Roj: 4552/2014)  
STS 313/2015, de 27 de mayo (Roj: 2462/2015)