

LA EXPULSIÓN COMO SUSTITUTIVO DE LA PENA DE PRISIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 2015

¿De la discriminación a la reinserción? *

Elisa García España

Profesora Titular de Derecho Penal y Criminología. Universidad de Málaga

GARCÍA ESPAÑA, Elisa. La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015: ¿De la discriminación a la reinserción? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2016, núm. 18-07, pp. 1-31. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-07.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 18-07 (2016), 12 jun]

RESUMEN: La reforma del Código penal de 2015 modifica el artículo 89 del CP, introduciendo cambios aparentemente sorprendentes. Así, por una parte, modifica el ámbito subjetivo de aplicación dando un viraje de *extranjero no residente legalmente en España* a *ciudadano extranjero*. Por otra parte, introduce criterios de individualización de la respuesta penal como son “*las circunstancias del hecho y personales del autor, en particular su arraigo en España*”. Tras un análisis de la reforma se alcanza la conclusión de que el nuevo ámbito subjetivo de aplicación, en conexión con el nuevo ámbito objetivo del mismo, no supone un cambio tan radical como pudiera parecer. Además, la remisión a las *circunstancias del hecho y personales del autor*, si bien permiten individualizar la respuesta penal y evitar la expulsión en aras del arraigo social del sujeto en España, lejos de aumentar las posibilidades de reinserción, solo retrasa la ejecución de la expulsión, dada la causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEX.

PALABRAS CLAVE: Expulsión, discriminación, reinserción, inmigración, extranjería.

ABSTRACT: The 2015 reform of the Criminal Law amends the Article 89, introducing seemingly surprising changes. Thus, on the one hand, the subjective scope is changed, from non legal alien resident in Spain to foreign citizen. Furthermore, it introduces individualisation of criminal response criteria as "the circumstances of fact and personal to the author, particularly its roots in Spain". After an analysis of the reform, the achieved conclusion is that the new subjective scope of application, in connection with the new target in the same area, may not be as radical as it could seem. Moreover, the reference to the circumstances of fact and author's personal circumstances, while allowing to individualize criminal response and to avoid expulsion for the social roots of the subject in Spain, far from increasing the chances of reintegration, it only delays the execution of the expulsion given the proceeding for expulsion under Article 57.2 LOEX.

KEYWORDS: Expulsion, discrimination, reintegration, immigration.

Fecha de publicación: 12 junio 2016

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA TRAS EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA DEL ARTÍCULO 57.2 LOEX. III. EL ARTÍCULO 89 DEL CP 1995: UNA HISTORIA DE DISCRIMINACIÓN INSTITUCIONAL. IV. EL ARTÍCULO 89 DEL CP 2015: ¿UN GIRO HACIA LA REINSERCIÓN DE LOS PRESOS EXTRANJEROS? 1. Ámbito subjetivo de aplicación. 2. Ámbito objetivo de aplicación. 3. Excepciones al ámbito de aplicación. 4. Consecuencias que acompañan la sustitución de la pena por la expulsión. 5 Consecuencias que acompañan la no sustitución de la pena por la expulsión. V. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 89 CP A LA LUZ DE LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA DEL ARTÍCULO 57.2 LOEX. VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

* Este artículo se enmarca dentro del Proyecto de Excelencia SEJ-1489 sobre “Delincuencia de inmigrantes asentados en España” concedido por la Junta de Andalucía entre 2014 y 2017.

I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos 20 años se han conocido muchos casos de condenados extranjeros que, tras cumplir la pena en España, no han podido materializar su reinserción en el país al salir de prisión puesto que esta se ha visto truncada por la ejecución de la expulsión administrativa del artículo 57.2 de la Ley de Extranjería (en adelante LOEX). En este precepto se recoge una causa de expulsión administrativa consistente en haber sido condenado por una conducta dolosa a más de un año de pena privativa de libertad dentro o fuera de España.

Un ejemplo de ello es el caso de Abdul, que salió a la luz al ser publicado en el mes de junio de 2015 en el Heraldo de Aragón y difundido a través de las redes sociales. La prensa reflejó la indignación que este caso produjo entre las asociaciones de voluntarios que trabajan con presos en una clara apuesta por la reinserción. Abdul es un hombre de 39 años de origen marroquí que emigró a España hace 20 años. Trabajaba en el campo, aprendió el idioma y logró la tarjeta de residencia. Pasado un tiempo la policía lo detuvo por tráfico de drogas y fue condenado a prisión. Tras varios años en la prisión de Zuera (Zaragoza) satisface la responsabilidad civil derivada del delito y, con su permiso de residencia y trabajo en vigor hasta 2019, se le concede la libertad condicional gracias a que consigue un trabajo en una empresa de reinserción de las Hermanas de la Caridad de Santa Ana. Durante la libertad condicional vivía con su mujer y con la hija de esta. Acabada la condena, se presentó en su lugar de trabajo la policía de extranjería que procedió a su detención con la finalidad de llevar a cabo una expulsión que se ejecutó en 48 horas. La expulsión administrativa estaba basada en la infracción del artículo 57.2 LOEX consistente, como veremos más adelante, en el hecho de haber sido condenado, dentro o fuera de España, por un delito doloso sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales estén cancelados.

El caso de Abdul suscitó un clamor sin precedentes entre la sociedad civil de Zaragoza debido al arraigo social del sujeto (familia, trabajo, permiso de residencia en vigor hasta 2019), los 20 años que lleva residiendo en el país y el proceso de reinserción en el que han estado implicadas las religiosas de la orden Hermanas de la Caridad de Santa Ana. La religiosa que ha llevado el caso más de cerca se lamenta diciendo que “todo lo que se ha hecho por su reinserción se lo llevó por delante la Ley de Extranjería” (Heraldo de Aragón, miércoles 10 de junio de 2015).

La reciente reforma del Código de penal, por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, trae consigo una redacción novedosa del artículo 89 CP. A lo largo de los 20 años de vigencia de este precepto ha sido objeto de varias reformas y de serias críticas por parte de la doctrina que ha puesto de manifiesto las contradicciones de esta figura de la expulsión judicial y han llegado a calificarse de discriminatoria, contraria a principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico como puedan ser el non bis in idem, la individualización de la pena o la orientación de la pena hacia fines resocializadores, así como su incapacidad para cumplir los fines de prevención general y especial de la pena (entre otros Brandariz, 2011; Díaz García-Conlledo, et al, 2007; Guisasola Lerma, 2010; Martínez Escamilla, 2009; Muñoz Lorente, 2004; Rodríguez Yague, 2012). Todo ello en aras de dar respuesta a fines de política migratoria más que a los fines de la pena (por todos Brandariz, 2011).

La reforma del CP de 2015 parece haber incluido ciertos criterios doctrinales y jurisprudenciales, especialmente la del Tribunal europeo de Derechos humanos (Roig Torres, 2014), permitiendo en cierta medida la individualización de la pena a los extranjeros al prever que debe atenderse a *las circunstancias del hecho y personales del autor, especialmente al arraigo social del extranjero en España*. Ante la nueva redacción del artículo 89 CP cabe preguntarse si el legislador ha querido realmente dar un giro en el trato a los extranjeros que han sido condenados a prisión, evitando las críticas reiteradas realizadas por la doctrina, o si, por el contrario, las bondades introducidas no hacen más que maquillar el mantenimiento de la situación anterior a su aprobación. El Preámbulo de la L.O 1/2015, de 30 de marzo, por la que modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, al igual que la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley¹ de 2013, justifican la modificación del artículo 89 del CP en los siguientes términos,

“También se modifica la regulación de la sustitución de la ejecución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional. De nuevo, la reforma combina la búsqueda de la eficacia con un escrupuloso respeto de los derechos individuales: se ajusta el límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería; los jueces y tribunales deberán esta-

¹ Boletín oficial de la Cortes Generales. Congreso de los Diputados. X legislatura, seria A, núm. 66-1, de 4 de octubre de 2013.

blecer, en todo caso, qué parte de la pena impuesta debe ser cumplida efectivamente en prisión, cuando se hayan impuesto penas de más de tres años; y la sustitución se condiciona, en todos los casos, a la proporcionalidad de la medida.”

Según el Preámbulo de la Ley, la reforma del artículo 89 CP parece estar inspirada en el deseo de respetar el principio de proporcionalidad de la pena, así como de ajustar el Código penal a las previsiones de la Ley de Extranjería. Además, la reforma parece alentar un cambio de paradigma que avanzaría desde la discriminación del extranjero que delinque, según parece deducirse de la anterior redacción, hasta la reinserción social del mismo como aparenta la nueva redacción, dado los supuestos en los que la expulsión puede ser desproporcionada a tenor del arraigo social del extranjero en España.

Para tratar de demostrar que realmente no se ha producido el supuesto cambio de paradigma y que el pretendido ajuste entre el artículo 89 del CP y las previsiones de la Ley de Extranjería solo maquillan el tono discriminatorio del precepto, se expone en primer lugar el contenido del artículo 57.2 LOEX y las consecuencias derivadas para el extranjero, se continúa con la historia de reformas, críticas y bondades del artículo 89 del CP de 1995 durante sus 20 años de vigencia, para después abordar el nuevo artículo 89 CP de 2015 y su relación con lo previsto en materia de extranjería.

II. LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA TRAS EL CUMPLIMIENTO DE PENA DEL ARTÍCULO 57.2 LOEX

Según el artículo 57.2 LOEX “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”.

El ámbito subjetivo de aplicación de este precepto es el extranjero no comunitario, con independencia de su situación administrativa de residencia en el país. Los extranjeros comunitarios no están sujetos a la Ley de Extranjería, sino del RD 204/2007 de 16 de febrero, por el que se regula la entrada, libre circulación y residencia en España de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo².

Por otra parte, nada dice el precepto sobre la situación administrativa de residencia regular o irregular en España, requiriéndose tan solo que el extranjero haya sido condenado a una pena privativa de libertad superior a un año cuyos antecedentes penales no estén cancelados.

² Modificado por Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre.

Además, el precepto hace una referencia expresa a la necesidad previa de “*tramitación del correspondiente expediente*”. Se refiere al expediente de expulsión, que en los casos de extranjeros en situación regular en el país debe contener una resolución administrativa de revocación de su permiso de residencia por aplicación del artículo 57.4 LOEX. Este precepto establece que la expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización de residir o trabajar en España. Esta es la vía administrativa por la que Abdul (supuesto al que hicimos referencia en la Introducción) fue objeto de una expulsión a pesar de tener un permiso de residencia hasta 2019.

Tras la condena, la ejecución de la expulsión por tener antecedentes penales en España queda reforzada por la obligación impuesta a los centros penitenciarios de comunicar a la policía la salida de prisión de extranjeros que se encuentren incurso en un procedimiento de expulsión, para que aquella pueda proceder a su ejecución (artículo 26 del Reglamento penitenciario). No obstante, se conocen supuestos en los que falla la coordinación entre instituciones penitenciarias y la policía, y otros en los que la expulsión no es ejecutable por diversos motivos. En esos casos solo la cancelación de antecedentes penales permitiría a los extranjeros que hayan pasado por prisión intentar la reinserción en el país. Téngase en cuenta que el tiempo de cancelación de los antecedentes penales con la reforma del código penal de 2015 ha aumentado hasta 10 años para las penas graves. Durante ese tiempo el extranjero no puede regularizar su situación legal en el país, con las dificultades de reinserción que ello conlleva (Leganés Gómez, 2015).

El precedente del artículo 57.2 LOEX fue el artículo 26.1.d) introducido en la Ley de Extranjería de 1985. Las consecuencias de dicha regulación trataron de ser minimizadas por la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y deberes de los extranjeros en España y su integración social. Esta nueva ley de extranjería introdujo una novedad en el artículo 29.4 en donde se establecía que, a pesar de que para autorizar una residencia temporal el extranjero debía carecer de antecedentes penales dentro y fuera de España, no era un obstáculo haber cometido un delito en España siempre que se hubiera cumplido la condena, hubiera sido indultado o se encontrara en situación de suspensión condicional de la pena. Esta previsión, junto con la desaparición de la causa de expulsión del artículo 26.1 d) referida a haber sido condenado, dentro o fuera de España, a una pena privativa de libertad superior a un año, era coherente con los principios de reinserción y no discriminación social o jurídica por la tenencia de antecedentes penales, que expresamente establece el artículo 73 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979.

Desgraciadamente aquella previsión en la Ley de Extranjería tuvo una vigencia breve, de a penas 10 meses, pues entró en vigor al final de la legislatura y el nuevo

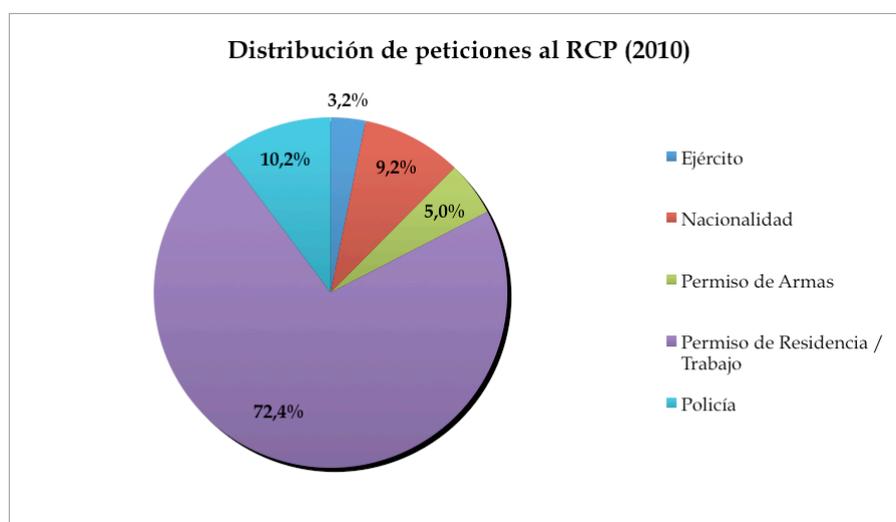
Gobierno, de signo político diferente, no tardó en presentar un Proyecto de reforma a la Ley eliminando las novedades anteriores.

Por tanto, es posible decir que en España está prevista la causa de expulsión por haber sido condenado a más de un año a pena privativa de libertad prácticamente desde la entrada en vigor de la Ley de Extranjería de 1985. Y que el único intento por evitar que los antecedentes penales no supongan un obstáculo para la reinserción del extranjero con arraigo en el país fue con la Ley 4/2000 que tan solo estuvo en vigor unos meses.

Como hemos señalado, el hecho de que el extranjero que ha cumplido una pena privativa de libertad superior a un año no sea expulsado se debe a motivos ajenos a la voluntad de la Administración que pretende aplicar esta expulsión de forma automática. En sentido contrario a ese pretendido automatismo se ha pronunciado de forma reiterada la jurisprudencia, que en su mayoría señala que el hecho de haber sido condenado a más de un año de pena privativa de libertad es un requisito objetivo mínimo que debe ser ponderado con otros indicadores que acrediten que el extranjero es una amenaza real y grave para el orden público (Larrauri, 2016), así como realizar un análisis más personalizado del supuesto objeto de expulsión a la luz del artículo 57.5 LOEX según la STC 186/2013, de 4 de noviembre (RTC 2013, 186). El artículo 57.5 LOEX hace referencia a supuestos de arraigo como, por ejemplo, ser titular de una autorización de residencia de larga duración. En ese mismo sentido, las SSTs 2 de noviembre de 2015 (RJ/2015/5634) y 20 noviembre de 2014 (PROV 2015,16912) establecen la necesidad de poner en relación el artículo 57.2 LOEX con el 57.5 del mismo texto legal, que exige tener en cuenta las consecuencias que una expulsión tendría para el interesado y su familia. Por ello, sentencias como la del TSJ de Cataluña de 21 febrero de 2014 (JUR(2014/91302), la del TSJ de Madrid de 3 de diciembre de 2014 (JUR/2015/11078), la del TSJ de Andalucía de 30 de julio de 2015 (JUR/2015/289403), entre otras, consideran imposible interpretar la expulsión del artículo 57.2 LOEX como una consecuencia automática tras haber sido condenado a una pena privativa de libertad superior a un año como así pretende la Administración. Por el contrario, hay que interpretarlo de conformidad con las exigencias jurisprudenciales y el traspuesto artículo 12 de la Directiva 2003/19 (LCEur2004/155), lo que obliga a tener en cuenta el artículo 57.5 LOEX.

En cuanto a la función de los antecedentes penales, recuerdan Larrauri y Jacobs (2011) que si bien en EEUU la publicidad de los antecedentes penales se concibe como una herramienta para proteger la sociedad, en España el Registro Central de Penados (RCP) tiene una función eminentemente judicial, como información para la posible aplicación de la agravante de reincidencia, y para la toma de decisiones referentes a la suspensión de la ejecución de la pena. Estos autores consideran que estas diferencias obedecen a valores culturales relacionados con la privacidad, la libertad de expresión y la rehabilitación, así como a una menor influencia de la

cultura del control en la cultura jurídica europea. Desde esa perspectiva, los antecedentes penales en España no representan un gran obstáculo para la reintegración laboral y social de los condenados debido a su limitada difusión (Larrauri y Jacobs, 2011). Sin embargo, continúan estos autores, esta cultura española sobre los antecedentes penales desaparece, como hemos observado, en el caso de los extranjeros debido a la causa de expulsión del artículo 57.2 LOEX. Además, el acceso a la información contenida en el RCP no se limita a los jueces, fiscales y policía judicial, sino que se extiende a la Guardia civil encargada de los permisos de armas, la policía responsable del control de pasaportes y la policía con controla las entradas al país según se recoge en el art. 6 b, c y d RD 95/2009, de 6 de febrero. En el año 2010 se realizaron 1.512.166 solicitudes al RCP que no incluyen las que realizan telemáticamente los jueces. La distribución de dichas peticiones en función de la institución pública que la solicita es la siguiente en 2010:



Fuente: Larrauri y Jabobs, 2011

El 72,4% de las peticiones tienen que ver con permisos de residencia y/o trabajo y el 10,2% son peticiones realizadas por la policía sin especificar el motivo. Estos datos llevan a dichos autores a considerar que el impacto de los antecedentes penales como obstáculo para la reintegración es significativamente mayor en el caso de inmigrantes (Larrauri y Jacobs, 2011), constituyendo los mismos una herramienta de exclusión de primera magnitud, pues no solo es un obstáculo de reinserción social, sino que determina la expulsión del país (Rodríguez Yagüe, 2012).

III. EL ARTÍCULO 89 DEL CP 1995: UNA HISTORIA DE DISCRIMINACIÓN INSTITUCIONAL

La figura de la expulsión como sustitutivo de las penas privativas de libertad y de medidas de seguridad se introduce por primer vez en el Código penal de 1995,

concretamente en los artículos 89 y 108 respectivamente. De forma previa a su inclusión en el Código penal esta figura de naturaleza penal estaba prevista en el art. 21.2 de la Ley de Extranjería de 1985. Los artículos 89 del CP ha sido objeto de varias reformas por medio, en primer lugar, de la LO 8/2000 (cuando se introdujeron excepciones a la obligación de aplicar la expulsión como sustitutivo penal en los casos de comisión de determinados hechos delictivos, como por ejemplo el tráfico de inmigrantes), la LO 11/2003 (con la que se introdujo la conminación al juez a sustituir la pena por la expulsión) y LO 5/2010 (por la que se permite acordar la expulsión en fases posteriores a la sentencia). Todas estas reformas mantenían la esencia del precepto, si bien introducían matices de calado en la aplicación del sustitutivo penal.

La naturaleza jurídica de esta expulsión ha sido muy discutida. El Tribunal Constitucional, en sentencia de 20 de junio de 1994, ya la calificó de sustitutivo penal. Y así se confirmó en el Código penal de 1995 (Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) al incluir expresamente bajo la rúbrica de sustitutivos penales el artículo 89. Sin embargo, el legislador olvidó incluirla en el catálogo de penas, por lo que hay quien consideró que la naturaleza de esta figura estaba a caballo entre una suspensión de pena y una medida de seguridad (Mapelli y Terradillos, 1996).

Ya entonces la Fiscalía General del Estado apuntó la errónea configuración de la expulsión como sustitutivo penal al estar ausente en su regulación un elemento clave en una figura con tal ambivalencia aflictiva como es la proporcionalidad de la medida³. Lo entendía así puesto que en el requisito “penas inferiores a seis años” tenía cabida un amplio abanico de penas en relación a su duración, por lo que en función de cual fuera la pena, la expulsión como sustitutivo penal podía perjudicar o beneficiar al reo extranjero. La doctrina pronto apoyó esta tesis. Cancio Meliá (2007), entre otros, consideraba que una respuesta sancionadora con tal ambivalencia no puede aplicarse sin atender a circunstancias individuales del sujeto, más allá de la situación administrativa de residencia en el país que nada aporta al contenido del injusto.

En un intento por conocer si dicha ambivalencia aflictiva era percibida por los presos extranjeros, se realizó un estudio en las prisiones de Daroca (Zaragoza), Carabanchel (Madrid) y Alhaurín de la Torre (Málaga) en el que se entrevistó a una muestra de extranjeros sobre diferentes aspectos relacionados con el delito cometido, el proceso penal, la sanción impuesta, la situación penitenciaria y la expulsión del país. El estudio revelaba que la expulsión no era considerada una medida demasiado aflictiva cuando los extranjeros estaban empezando a cumplir una pena larga de prisión o cuando estando en situación preventiva sentían que podía recaerles una

³ Consulta de la Fiscalía General del Estado 7/87 de 18 de noviembre sobre cuestiones que plantea la expulsión de extranjeros sujetos a determinados procesos penales (BIMJ, supl. Al núm 1.486, de 25 de marzo de 1988).

condena larga en prisión. No obstante, se mostraron contrarios a su aplicación cuando llevaban un tiempo considerable en la cárcel y veían cercana su puesta en libertad en España (García España, 2001). Es decir, la ambivalencia aflictiva varía no solo por las circunstancias personales del sujeto, sino también en función del tiempo de condena cumplido o por cumplir.

Por otra parte, autores como Gracia Martín y Alastuey (2012), Lorenzo Copello (2004), Muñoz Conde y García Arán (2000), Caffarena y Terradillos (1996) han considerado que el anterior artículo 89 CP tenía su razón de ser, no en los fines de la pena, sino más bien en la necesidad de descongestión carcelaria y de reducción de los costes asociados. Es cierto que a principios de los años 90 se empezó a notar un crecimiento importante de la población extranjera reclusa. Entonces se argumentó que dicho aumento estaba causado por el uso excesivo de la prisión preventiva, que llegaba a ser casi el doble para extranjeros que para nacionales, y por las dificultades de concesión de libertad condicional a este colectivo a causa de la ausencia de un pronóstico favorable de reinserción al estar incurso en una causa de expulsión (la de haber sido condenado a más de un año de prisión –art. 21.6 Ley de Extranjería de 1985, actualmente el 57.2 LOEX). Ante este panorama, la Circular de 13 de enero de 1993 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias estableció el “Plan de excarcelación de extranjeros” mediante el cual manifestaba su voluntad de impulsar la excarcelación y traslado a los países de origen de todos aquellos extranjeros en situación de acogerse a las distintas disposiciones legales vigentes en la materia. Así, en cada establecimiento penitenciario con más de 50 extranjeros se creó una comisión encargada de gestionar la tarea. No obstante, una noticia publicada en un periódico de tirada nacional del 7 de marzo de 1994 decía que 337 extranjeros habían solicitado ser expulsados de España o cumplir sus penas en el país de origen durante los primeros nueve meses del año anterior sin conseguirlo debido a “disfunciones” de la propia administración (Adroher, 1995). En 1994 el Fiscal General del Estado en unas declaraciones hechas al diario El País (3 de marzo) afirmó que en España había un total de 6.563 extranjeros en prisión, de los cuales aproximadamente 3.000 estaban condenados por “delitos menos graves”. En ese momento estaban en vigor el Código penal anterior al de 1995 y el inciso segundo del artículo 21.2 de la Ley de Extranjería de 1985. En este último se establecía que los delitos menos graves, a efectos de la aplicación de la expulsión como sustitutivo de la pena de prisión, son “los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor”, es decir, aquellos delitos que el Código penal castigaba con pena igual o inferior a seis años. Con la aprobación del Código penal de 1995 el inciso segundo del artículo 21.1 de la Ley de Extranjería quedó tácitamente derogado por el artículo 89 del Código penal.

Tras las declaraciones del Fiscal General del Estado se aprobó la Circular 1/1994 con la misma finalidad que la de 1993 de la Secretaría General de Instituciones

penitenciarias, esto es, descongestionar las cárceles españolas de presos extranjeros. Para ello se crearon los Servicios de extranjería provinciales con los que se pretendía agilizar los trámites de expulsión de todos aquellos casos que fuera posible. El objetivo de dicho plan simplemente se enmarcaba en la normativa ya existente, pero pretendía que dichas medidas legales se adoptasen realmente y fuesen eficaces. La afirmación de la Fiscalía de que en los centros penitenciarios españoles se podía reducir el número de presos extranjeros con la puesta en práctica de las medidas legales existentes fue puesta en duda por un sector doctrinal, llegándose a calcular que del total de internos que había en Cataluña en 1994, solo 350 cumplían los requisitos para proceder a la aplicación de algunas de las figuras de excarcelación al país de origen a las que se refería la Fiscalía (Giménez Salinas, 1994). Tras la citada Circular de 1994, la Dirección General de Instituciones penitenciarias aprobó la Instrucción 25/1996, de 16 de diciembre, sobre normas generales para internos extranjeros. En ella, además de referirse a los procedimientos de excarcelación de extranjeros, se recogían otros aspectos introducidos como novedad en el Reglamento de la Ley Orgánica General penitenciaria de 1996 (aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero). La finalidad de este nuevo instrumento era poner en práctica los mandatos del Código penal de 1995 y de la normativa penitenciaria, destacando en estos momentos los mecanismos relativos a la excarcelación de extranjeros. El marco legal para los extranjeros que se encontraban en prisión preventiva lo constituía la Ley de Extranjería de 1985, en cuyo artículo 21.2 se establecía la posibilidad de que aquellos extranjeros preventivos que estuvieran encartados en un procedimiento penal por un delito menos grave e incurso en alguna de las infracciones administrativas recogidas en el artículo 26.1 de la Ley de Extranjería podían ser expulsados previa autorización judicial. Este supuesto se recogió posteriormente y de forma similar en el artículo 57.7 de la Ley de Extranjería 4/2000 de 11 de enero, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Para el caso de los presos extranjeros condenados, las medidas legales que posibilitaban su excarcelación eran cuatro. Se exponen a continuación siguiendo un criterio temporal referido al momento de cumplimiento de la pena: La primera de ellas se recogía en el artículo 89 del CP 1995. En este caso la expulsión se concebía como un sustitutivo de una pena privativa de libertad inferior a seis años. El segundo motivo era, y sigue siendo, el cumplimiento de pena en el país de origen en el marco del *Convenio europeo sobre traslado de personas condenadas* (Convenio de Estrasburgo firmado el 21 de marzo de 1983, ratificado el 11 de marzo de 1985 y publicado en BOE el 10 de junio de 1985)⁴. En tercer lugar existía, y aún existe, la posibilidad de cumplir el periodo de libertad condicional en el país de origen, según

⁴ Listado de Convenios de traslado de condenados vigentes en España en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/cooperacion-juridica/traslado-personas-condenadas?param1=5>

lo establecido en el artículo 76.2 de la Ley Orgánica General penitenciaria y el artículo 197 del Reglamento que la desarrolla. Y, por último, según el artículo 89 del CP 1995 anteriormente citado permitía sustituir el último periodo de la condena por la expulsión del país.

Para poder dar cumplimiento al mandato del artículo 89 CP 1995, el artículo 197.2 del Reglamento penitenciario establece que a tal fin “con antelación suficiente, se comunicarán al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en el que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas”. Estas dos últimas figuras (cumplimiento de la libertad condicional en el país de origen, y sustitución de la última parte de la condena por la expulsión) son bien distintas toda vez que en la expulsión de la última parte de la condena se renuncia al cumplimiento de la parte restante de la pena a cambio de la expulsión, mientras que en el cumplimiento de la libertad condicional en el país de origen el interno continúa cumpliendo condena, pero en libertad condicional y en su país de origen, no siendo la salida del territorio español una expulsión propiamente dicha, por lo que no lleva aparejado un periodo de prohibición de regreso al país.

Por tanto, según lo acabado de exponer, una de las figuras que se ha venido utilizando para descongestionar las prisiones españolas ha sido la de la expulsión como sustitutivo penal del artículo 89 CP.

Ciertamente, esta figura se ha usado con esta finalidad, y los esfuerzos de fiscalía y de Instituciones penitenciarias han ido en este sentido. No obstante, el incremento constante de población penitenciaria (tanto española como extranjera) desde la creación de este sustitutivo penal no parece avalar la eficacia de esta medida, que si bien en los últimos tiempos ha incrementado la ejecución de las expulsiones judiciales, llamadas “cualificadas” por el Ministerio del Interior en los Balances de Extranjería, el porcentaje que suponen tales expulsiones sobre el total de extranjeros encarcelados no es realmente significativo.

Posteriormente, en la Exposición de Motivos de la reforma del Código penal de 2003, con la que introdujo la conminación al juez a sustituir la pena por la expulsión, se establecía que la razón de dicha reforma era la necesidad de evitar que el cumplimiento de la pena por parte del extranjeros en situación de estancia irregular en el país se usara para permanecer en España. Varias críticas pueden hacerse al legislador de 2003 y a la doctrina que lo sostiene. Por una parte, tal estrategia por parte del extranjero no es viable porque una vez condenado a más de un año de prisión se está incurso en una causa de expulsión (artículo 57.2 LOEX) que puede ser ejecutada nada más cumplir su condena (Fernández Arévalo, 2013). De hecho, el artículo 26 del Reglamento penitenciario regula los supuestos en los que penados extranjeros están sometidos a una medida de expulsión posterior al cumplimiento

de la condena. En estos casos, dice el precepto, “el Director notificará, con una antelación de tres meses o en el momento de formular la propuesta de libertad definitiva a que se refiere el artículo 24.2, la fecha previsible de extinción de la condena a la autoridad competente, para que provea lo necesario con arreglo a lo dispuesto en la legislación vigente”. En el mismo sentido, el art. 256.4 del Reglamento de Extranjería⁵ de 2011 prevé que “los directores de los establecimientos penitenciarios notificarán a la Oficina de Extranjería y a la comisaría provincial de policía correspondientes a su demarcación, con tres meses de anticipación, la excarcelación de extranjeros que hubieran sido condenados en virtud de sentencia judicial por delito, a los efectos de que en su caso se proceda a la expulsión de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero”. Por lo que dada estas previsiones legales en los ámbitos penitenciarios y de extranjería, el extranjero con su comportamiento delictivo podría llegar, como mucho, a retrasar la expulsión, pero no a evitarla.

Otra crítica que cabe hacerle al legislador por la justificación que hace de necesidad de obligar a los jueces a sustituir la pena por la expulsión es que asume sin ningún soporte empírico que la motivación delictiva del extranjero es la permanencia en España (entre otros, Cancio Meliá, 2005). Al respecto, se realizó durante 2015 un estudio exploratorio a 112 extranjeros presos en Alhaurín de la Torre, a los que se les pasó una encuesta anónima y voluntaria que arroja datos en sentido contrario. En la encuesta se usaron tanto preguntas directas como indirectas. Estas últimas son las que versan sobre lo que cree el encuestado que opinan y hacen los demás extranjeros. En concreto se les preguntaba si consideraban que la permanencia en España es una motivación delictiva para los extranjeros. Según dicha exploración, la mayoría de los encuestados privados de libertad en el centro penitenciario de Alhaurín de la Torre no considera que este hecho se produzca realmente, no estando de acuerdo por lo tanto con esa idea. No obstante, ante la pregunta directa de cuál ha sido su motivación delictiva, las respuestas revelan que un 4% de todos los encuestados declara haber cometido un delito para permanecer en el país, que aumenta hasta un 12,4% si se tiene en cuenta únicamente a los encuestados en situación irregular. Ligado a lo anterior, también resulta relevante apuntar que un 41,4% de los extranjeros contaba con permiso de residencia antes de su entrada en prisión y que un 34,6% estaba en proceso de regularizar su situación. La suma de ambos (76%) indica que la mayoría de los extranjeros que llegan a prisión no están en situación irregular o no, al menos, en una situación que motive la comisión del delito para permanecer en España, puesto que el extranjero que está regularizando su situación no va a cometer un delito para permanecer en España cuando aún tiene

⁵ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009

esperanzas de permanecer en el país de forma regular. Esto, junto con el hecho de que la mayoría de los extranjeros consideran improbable cometer un delito para permanecer en el país, hace insostenible el argumento del legislador. A la espera de que se pueda desarrollar un estudio empírico de más calado, valgan estos datos para adelantar el error cometido por el legislador en el diagnóstico de la motivación delictiva de los extranjeros toda vez que la mayoría no están en situación irregular, y entre los que lo estaban la inmensa mayoría descarta que ese fuera el motivo de su delito⁶.

Por otra parte, el sustitutivo penal del artículo 89 CP ha sido tachado también por la doctrina de discriminatorio al considerar que se produce un trato desigual entre penados por razón de la procedencia (Díaz y García Conlledo et al., 2007). Un sector doctrinal, por una parte, mantenía que se discrimina a los condenados españoles por ser la prisión más aflictiva que la expulsión, a pesar de que la legislación española establece en el artículo 8.1 del Código civil que “las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español” (Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, 1996). El Tribunal Constitucional en el auto 106/1997, de 17 de abril, reconocía que el artículo 89.1 del CP 1995 permitía establecer un trato punitivo desigual de carácter favorable para los extranjeros no residentes legalmente en España, y afirmaba que tachar de discriminatoria esta medida sería tanto como vaciar de contenido el precepto, al aplicarse de forma indiscriminada a todos los extranjeros condenados a pena inferior a seis años sin atender a otras circunstancias del hecho como, por ejemplo, la naturaleza delictiva. Entonces, aún no se había incluido en el artículo 89 CP excepciones a su aplicación en atención al tipo de delito cometido. Además, la base de la crítica se sustentaba sobre la consideración del menor agravio que supone la expulsión frente a la prisión, sin atender al carácter ambivalente de la aflictividad de dicho sustitutivo como apuntamos con anterioridad.

Admitida la ambivalente aflictividad de este sustitutivo penal, la doctrina mayoritaria, por el contrario, consideraba el precepto discriminatorio para los extranjeros en situación irregular, puesto que el mero hecho de estar incurso en una infracción administrativa producía una respuesta penal diferenciada. Se ha aludido a la presencia de un derecho penal del enemigo en esta regulación, toda vez que no se realizaba una individualización de la pena para el caso concreto, sino que recaía sobre el constructo “extranjeros irregulares” sin atender a circunstancias del hecho o personales del autor que permitan individualizar la respuesta penal en cada caso (Brandariz, 2011).

También la doctrina se ha mostrado dividida en la consideración de que la ex-

⁶ Trabajo fin de Grado de Criminología elaborado por Leticia Guerrero, siendo tutora del mismo Elisa García España, denominado *Motivación delictiva y expulsión judicial*, calificado por el tribunal de TFG con sobresaliente (9).

pulsión como sustitutivo de la pena no satisface los fines de esta. Por un lado, hay un sector minoritario que justifica esta medida en tanto que se preserva mejor el ordenamiento jurídico español frente al sujeto infractor, ya que, de permanecer éste en prisión, no cabría dar cumplimiento al mandato constitucional de que la pena de privación de libertad esté encaminada principalmente a la reinserción del condenado según el artículo 25.2 de la Constitución española a tenor del antiguo artículo 26.1 d) de la Ley de Extranjería y actual artículo 57.2 de la LOEX, donde se prevé la expulsión por antecedentes penales. En cuanto al criterio de prevención especial de los sustitutivos penales, algunos autores apuntan a que la expulsión cumple un fin desocializador o de resocialización negativa, en tanto que su no entrada en prisión preserva mejor al condenado de los perjuicios propios de su estancia en esta. Por otro lado, sin embargo, la mayoría de la doctrina critica este sustitutivo penal porque socava las exigencias de reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general (Manzanares Samaniego, 1996); y porque tampoco satisface los fines de la prevención especial, ya que los sustitutivos penales deben estar, al igual que la pena, orientados a un fin resocializador, lo que no ocurría con la figura de la expulsión en el ámbito penal, ya que se trata de un solo acto incapaz de garantizar tal objetivo (Izquierdo Escudero, 1997).

Con todo, parece claro que el fin de este sustitutivo penal ha sido meramente inocuidador o incapacitador frente a posibles infracciones en el espacio Schengen, en la medida en que, si bien tiene una imagen simbólica con respecto a los ciudadanos españoles que reciben el mensaje de que a todos los extranjeros que delinquen se les expulsa, se socababa la reafirmación del ordenamiento jurídico porque la mayoría de dichas expulsiones no se ejecutan, por lo que no cumpliría con las exigencias de prevención general positiva. Tampoco las de prevención general negativa en tanto que el efecto intimidatorio iba a depender, como ya se ha dicho, de las circunstancias de cada sujeto. Además, también podía ser nulo dicho efecto si en un juicio de racionalidad la consecuencia de cometer un delito era la misma que de no cometerlo, atendiendo a que ya estaba en situación irregular (Brandariz, 2011). También había un claro abandono de la perspectiva resocializadora, como ya se ha apuntado, puesto que el sustitutivo penal se construye sobre la base de la exclusión del sujeto infractor y el horizonte penitenciario de la expulsión hacía que se entendiera innecesaria e inviable la orientación rehabilitadora. Por lo que la mayoría de la doctrina consideraba que era una figura especialmente idónea para el fin de incapacitación.

La falta de fundamentación jurídico-penal compatible con un Estado de Derecho llevó a la doctrina mayoritaria a considerar que la expulsión en los términos que se recogía en el anterior artículo 89 CP respondía a exigencias de la política migratoria y del control de fronteras (Muñoz Lorente, 2004), introduciendo un insólito criterio de oportunidad basado en intereses extra-penales, así como a una necesidad de minimizar los costes de la respuesta del delito (Navarro Cardoso, 2006), inten-

tando aprovechar mejor los recursos escasos. De esta forma, los ámbitos administrativo de extranjería y penal quedaban orientados hacia una respuesta única a los inmigrantes irregulares: su exclusión (Martínez Escamilla, 2009; Brandariz, 2011).

Con todo, cabe preguntarse si la reforma de 2015 del artículo 89 CP cambia la orientación de esta figura, y si se orienta, a diferencia de la regulación anterior, hacia los fines de la pena, la individualización de la misma en atención al caso concreto, y a la reinserción del extranjero, cumpliendo así los principios de un Estado de Derecho.

IV. EL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL DE 2015: ¿UN GIRO HACIA LA REINSERCIÓN DE LOS PRESOS EXTRANJEROS?

1. Introducción

Para poder responder a las cuestiones planteadas interesa destacar las reformas introducidas en el artículo 89 del Código penal⁷. Véase el siguiente cuadro comparativo.

⁷ Redacción del artículo 89 por reforma del Código penal de 2015:

“1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el Juez o Tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

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

3. 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 sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena.

4. No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada. La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales. Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además:

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

b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el número dos de este artículo.

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

Cuadro comparativo: ¿De la discriminación a la reinserción de los extranjeros?

Asunto	CP 1995	Reforma 2015
Ámbito subjetivo	Extranjeros no residentes legalmente en España (89.1 y 5)	Ciudadanos extranjeros (89.1)
Ámbito objetivo	Condenado a cualquier pena privativa de libertad	Condenado a más de 1 año de prisión (89.1)
Pena sustituible	- toda la condena en penas inferiores de 6 años - sustitutivo del último tercio o siempre que se acceda a 3º grado o libertad condicional cuando las penas son de más de 6 años (89.5)	- toda la condena como norma general (89.1) - Excepcionalmente, y a criterio judicial, una parte de la condena que como mínimo será un tercio de la pena (89.1) - Idem (89.1)
No procede	artículos 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518.	- artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis (89.9) - Excepciones a criterio judicial los condenados a más de 5 años (89.2) - Cuando resulte desproporcionada según circunstancias del hecho y personales del autor, en especial su arraigo social (89.4)
Ciudadanos de la Unión europea		- Solo excepcionalmente cuando amenaza grave, ... y atendiendo a circunstancias personales (89.4) - Si más de 10 años de residencia, motivos tasados (89.4)
Prohibición de regreso	De 5 a 10 años según duración de la pena y circunstancias personales (89.2)	Idem (89.5)
Quebrantamiento prohibición de	- cumplir la pena sin excepción (89.4)	- Cumplimiento de la pena sustituida, salvo reducción a

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

7. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el Juez o Tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

8. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa. En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, esta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.

9. No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis.”

regreso	- Si sorprendido en frontera, se expulsará y volverá a contar el plazo de prohibición de regreso (89.4)	criterio judicial por innecesario (89.7) - idem (89.7)
Consecuencias administrativas	Archivo de cualquier procedimiento que tenga por objeto la autorización de residir en España (89.3)	Idem (89.6)
Momento de la decisión de sustituir	En cualquier momento	En sentencia y si es posteriormente a la mayor urgencia (89.3)
Si el sujeto no entra en prisión	- se puede acordar el ingreso en CIE (89.6) - si no expulsable, cumplimiento de pena o suspensión de pena (89.6)	- idem (89.8) - idem (89.8)

En el cuadro anterior se resaltan en rojo las novedades del precepto. En mi opinión hay tres aspectos que merecen ser destacados. A saber:

1. El ámbito subjetivo, al referirse a “ciudadano extranjero”, incluido el ciudadano comunitario, y no al “extranjero no residente legalmente en España” como se hacía con anterioridad.
2. El ámbito objetivo, al restringir el ámbito de aplicación de la norma a los que hayan sido condenados a más de un año de prisión (en un intento de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 57.2 LOEX), en claro contraste con la regulación anterior que no establecía límites mínimos a su imposición.
3. Y la inclusión de criterios que dotan al juez de mayor discrecionalidad y capacidad de individualización de la pena, al tiempo que pudieran interpretarse como respetuosos con la orientación de la pena hacia la reinserción del infractor. Estos criterios son:
 - a. Para los extranjeros no comunitarios, no procede la expulsión *“cuando resulte desproporcionada según circunstancias del hecho y personales del autor, en especial su arraigo social”*.
 - b. Para los extranjeros comunitarios, procede la expulsión *“cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito, sus antecedentes y circunstancias personales”*
 - c. En caso de quebrantamiento de pena, se establece como criterio para determinar el abono proporcional de la parte de prohibición de regreso cumplida el tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento, siempre y cuando el cumplimiento (total) resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza de la norma jurídica infringida por el delito.

2. **Ámbito subjetivo de aplicación**

Una de las novedades que más han llamado la atención del nuevo artículo 89 CP tiene que ver con el ámbito subjetivo de aplicación. Si bien con la anterior redacción del artículo 89 del CP el ámbito subjetivo es el extranjero *no residente legal* en España, con la versión en vigor este sustitutivo penal se aplica a los *ciudadanos extranjeros*, sin hacer referencia a su situación administrativa relacionada con la Ley de Extranjería. Este cambio a llegado a considerarse significativo (Iglesias Ríos, 2015).

El Grupo de Estudios de Política Criminal (GEPC), en su estudio sobre “Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y la extranjería”, propuso ya en 1997 que este sustitutivo penal recayera sobre todos los extranjeros siempre que se tratase de penas menos graves y se contase con el consentimiento del extranjero. La fundamentación de esa respuesta residía en que, en delitos de moderada gravedad, las necesidades preventivo-generales y preventivo-especiales se satisfacen igualmente con la expulsión del extranjero durante un cierto tiempo. Además el hecho de que el consentimiento del extranjero fuera vinculante suponía, según el Grupo, un reconocimiento de que la sanción conlleva una cierta excepcionalidad y consecuente violación del principio de igualdad dada su posible residencia legal en el país.

Sin embargo, las reformas sufridas en este artículo a partir de entonces hicieron caso omiso a la propuesta del GEPC y la doctrina se ha mostrado crítica con el ámbito subjetivo de aplicación del anterior artículo 89 CP al entenderse que la situación administrativa de ilegalidad de un extranjero en España nada añade al injusto penal, tachando de discriminatorio el precepto por crear una segunda vía en el Derecho penal para los extranjeros por su situación de irregularidad en el país (Díaz y García Conlledo et al, 2007).

La nueva redacción, al considerar como sujeto de esta figura a los ciudadanos extranjeros, sin atender como antes a su situación administrativa en el país, se suma a la corriente predominante en Europa, sustentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Roig Torres, 2014), y además trata de eludir las críticas anteriores toda vez que, como se dice en el Preámbulo la Ley de reforma del Código penal de 2015, “*la reforma combina la búsqueda de la eficacia con un escrupuloso respeto de los derechos individuales*”, al permitir al juez, como veremos más adelante, no sustituir la pena de prisión por la expulsión del país “*atendiendo a las circunstancias personales y del hecho*”, y evitar así la discriminación basada exclusivamente en la ausencia de autorización administrativa de residencia y no en consideraciones de prevención general y especial.

Esta nueva orientación político-criminal ha sido ya criticada sobre la misma base que sustentaba las críticas a la anterior redacción, esto es, que rompe el principio de igualdad de trato ante unos mismos hechos delictivos por el hecho de ser extranjero

y con independencia de la situación administrativa en el país, sirviendo el Derecho penal como vehículo para llevar a término las políticas de extranjería (Muñoz Ruiz, 2014). Si bien se reproduce la crítica de la mayoría doctrinal a la versión anterior del artículo 89 CP al establecer una doble vía penal para extranjeros irregulares y para el resto de condenados, considero que la crítica podría perder algo de peso al incluirse en la nueva redacción criterios de individualización de la pena, inexistentes en la redacción anterior. Así es, el legislador asociaba las necesidades de aplicación de la expulsión como sustitutivo penal al hecho objetivo de que el extranjero fuese no residente legal en el país, sin atender a otras circunstancias personales o del hecho como pudiera ser el arraigo social del extranjero. La nueva redacción del artículo 89 CP 2015 parece acoger esta crítica al introducir elementos de individualización de la pena que, en principio, mejoran el precepto en cuanto que permiten individualizar en cada caso concreto la aplicación del sustitutivo penal de la expulsión.

Otra novedad en el ámbito subjetivo de aplicación del precepto es que se recoge expresamente la posibilidad de sustituir la pena de prisión por la expulsión a ciudadanos europeos. El artículo 89 del CP 1995 hacía referencia a los ciudadanos no residentes en España, sin hacer mención expresa a los ciudadanos comunitarios. Estos no están sujetos a los mandatos de la Ley de Extranjería, sino, como ya se dijo, al Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 5 de mayo, según el cual no pueden perder su consideración de residentes legales por el mero hecho de estar condenados, como así ocurre con los extranjeros procedentes de terceros Estados, salvo cuando el delito por el que fueron condenados suponga una actuación contraria al orden público, seguridad pública o salud pública. Con lo cual, estos extranjeros comunitarios no eran objeto de aplicación del sustitutivo penal recogido en el anterior artículo 89 CP de 1995, salvo supuestos muy excepcionales (García Esteban, 2015). El legislador de 2015, por el contrario, amplía el ámbito de aplicación del precepto a los ciudadanos extranjeros sobre la base de las directivas comunitarias y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como así se recoge en la breve justificación de Preámbulo de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Textualmente reza:

“La sustitución de las penas de prisión por la medida de expulsión del territorio nacional en el caso de delitos cometidos por un ciudadano europeo, se contempla con carácter excepcional, reservándose a aquellos supuestos en los que su autor representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, en atención a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudada-

nos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que deberán ser tenidos en cuenta por los jueces y tribunales en la interpretación y aplicación del precepto correspondiente”.

Pero no solo amplía el ámbito subjetivo de aplicación, sino que establece el carácter excepcional de la medida de la expulsión para los ciudadanos europeos, a diferencia del resto de los extranjeros para los que el sustitutivo penal sigue siendo la regla general. Se sustenta además la excepción sobre la base de que el ciudadano comunitario sea una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, circunstancia que no se requiere para la expulsión penal del resto de los ciudadanos extranjeros. Es aquí, en la diferente regulación entre extranjeros comunitarios y no comunitarios, donde creo que se observa mejor la criticada doble vía penal en virtud de la procedencia (Díez Ripollés, 2015, Iglesias Ríos, 2015).

3. Ámbito objetivo de aplicación

El nuevo artículo 89 CP dice que la expulsión como sustitutivo penal será de aplicación solo para las condenas *superiores a un año de prisión*. Es decir, no solo se establece un límite mínimo, sino que desaparece el límite máximo (6 años) que en la anterior regulación permitía diferenciar entre las condenas que eran sustituidas íntegramente, de aquellas en las que se debía cumplir parte de la pena antes de proceder a la expulsión como sustitutivo de la última parte de la misma. Según el Preámbulo de la L.O 1/2015, de 30 de marzo, por la que modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal este cambio se justifica por la necesidad de ajustar “*el límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería*”. De esa forma se hace referencia al artículo 57.2 de la LOEX en el que, como vimos con anterioridad, se regula una causa de expulsión, a la que no se le reconoce una naturaleza de infracción administrativa, consistente en haber sido condenado a más de un año a pena privativa de libertad. Con ello, todo extranjero no comunitario que haya sido condenado a más de un año de pena privativa de libertad está incurso en una causa de expulsión administrativa, siendo el legislador penal plenamente consciente de ello. No obstante, el ajuste no es total puesto que el CP 2015 hace referencia a penas de prisión, siguiendo la jurisprudencia del TEDH (Roig Torres, 2014), mientras que la LOEX se refiere a penas privativas de libertad.

4. Excepciones al ámbito aplicación

Como excepción a la regla general de expulsión de ciudadanos extranjeros no comunitarios, por un lado, y a la posibilidad limitada de expulsar a extranjeros comunitarios por otro, el artículo 89.9 CP establece de forma imperativa que “*no*

serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a los que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis". Estos preceptos se refieren al delito de trata de seres humanos, tráfico ilegal de mano de obra, favorecimiento de la emigración, y de la inmigración vulnerando la legislación de extranjería. La novedad con respecto al texto anterior, y con respecto al art. 57.8 LOEX⁸, es la incorporación del artículo 177 bis que viene a colmar la laguna existente en el texto legal anterior como consecuencia de la omisión de la LO 5/2010 de reforma del Código penal (Muñoz Ruiz, 2014). Sigue sin incluirse en el texto de este apartado los delitos de tráfico de drogas transnacionales, que es un criterio judicial frecuentemente usado para no conceder la expulsión como sustitutivo penal, pues en su caso operaría en el mismo sentido que el delitos de trata de personas y de favorecimiento de las migraciones, esto es, facilitando la vuelta al autor de los hechos y colocando en condiciones óptimas para volver a realizar un nuevo intento delictivo transnacional.

En estos casos de extranjeros, residentes o no, condenados a estos delitos que no son objeto del sustitutivo penal del artículo 89 CP, se prevé su expulsión administrativa en el artículo 57.8 LOEX una vez cumplida la pena privativa de libertad.

Por otra parte, y solo para los ciudadanos **extranjeros no comunitarios para los que la expulsión es la regla general**, el legislador prevé tres excepciones a la aplicación imperativa de la expulsión como sustitutivo penal:

La primera de ellas se recoge en el artículo 89.1 del CP y procede cuando sea *"necesario para asegurar el orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida"*. En estos casos el juez o tribunal *puede* acordar que el ciudadano extranjero primero cumpla parte de su condena de prisión en España con la idea de reafirmar el ordenamiento jurídico español, y que después se proceda a sustituir la última parte de la condena por la expulsión.

La segunda excepción se recoge en el apartado 2º del artículo 89 CP y se refiere a los casos en los que una o varias condenas superan los 5 años de prisión. En estos casos el juez *acordará* (uso imperativo del lenguaje, frente a la discrecionalidad otorgada en el apartado anterior) la ejecución de todo o parte de la condena *"en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida"*.

Y la tercera excepción es la que se recoge en el apartado 4º del mismo precepto en donde se establece que no procederá la sustitución de la pena por la expulsión cuando *"a la vista de las circunstancias del hecho y personales del autor, en particular el arraigo en España, la expulsión sea desproporcionada"*.

Esto mejora la regulación de la expulsión como sustitutivo penal al ser respetuo-

⁸ Artículo 57.8 LOEX dice que "cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad".

sa con los principios de proporcionalidad y los demás fines de la pena a los que hace alusión, facultando de esta manera al juez para individualizar la sanción al caso concreto atendiendo a las circunstancias del hecho y personales del autor (Comas D'argemir, Sánchez-Albornoz y Navarro, 2012). Hay que recordar que de forma reiterada la jurisprudencia (ATC 106/1997, de 17 de abril [RTC 1997\106] y STC 242/1994, de 20 de julio [RTC 1994\242]) ha manifestado la necesidad de motivación de la expulsión penal sobre la base de una ponderación de intereses en juego, entre los que habría que tener en cuenta el arraigo del extranjero en España, la unificación familiar, el esfuerzo por reparar el daño causado o la voluntad del condenado de permanecer en nuestro país cumpliendo la pena impuesta (Arias Senso, 2005; Muñoz Ruiz, 2014).

Por último, para los **extranjeros comunitarios** la expulsión es en sí misma una excepción, que solo procede en los siguientes casos:

1. Cuando represente amenaza grave para el orden público y la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito, sus antecedentes y circunstancias personales. De esta forma se ajusta a lo previsto en la Ley de Extranjería en donde se recoge que la única posibilidad de expulsar a un extranjero comunitario es por representar una amenaza grave para el orden público y la seguridad pública, y se combina con criterios que permiten la individualización de la pena al caso concreto como son sus antecedentes y circunstancias personales.
2. Si hubiese residido en España durante los diez años anteriores no se puede expulsar ni siquiera por el motivo anterior, salvo...
 - a. Que haya sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con penas máximas (pena en abstracto) de más de 5 años y haya un *pronóstico de reincidencia*.
 - b. Que haya sido condenado por terrorismo o cualquier delito en el seno de una organización criminal

En estos casos el juez decidirá si sustituye todo o parte en virtud de la reafirmación del ordenamiento jurídico por aplicación del 89.2 CP al que se hace remisión.

5. Consecuencias que acompañan la sustitución de la pena por la expulsión

La consecuencia jurídica que lleva aparejada la expulsión como sustitutivo penal, y que más agravio produce al extranjero (Salinero Echeverría, 2011), es la prohibición de regreso al espacio Schengen por un tiempo comprendido entre 5 y 10 años. Los criterios legales para proceder a la concreción del tiempo de la prohibición de regreso son la duración de la pena y las circunstancias personales del autor. El nuevo art. 89 CP 2015 no introduce ninguna novedad al respecto, pero sí en la previsión del quebrantamiento de la misma. Al igual que en el anterior art. 89

CP 1995, si el extranjero es interceptado en la frontera quebrantando la prohibición de regreso, será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a contar de nuevo el cómputo de la prohibición; si, por el contrario, es interceptado dentro del territorio español, tendrá que cumplir la pena sustituida. En este segundo supuesto, el nuevo artículo 89 CP 2015 introduce como novedad la posibilidad de reducir la duración de la pena sustituida por el juez o tribunal cuando resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma infringida. El legislador entiende que para valorar en qué medida es innecesario el cumplimiento íntegro de la pena sustituida habrá que atender a los siguientes criterios: Por una parte, el tiempo transcurrido desde la expulsión; y, por otra, las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento. No obstante, la vaguedad del segundo criterio hace difícil que pueda entenderse como reglas de conversión para el abono proporcional de la parte cumplida, como así reclamó algún sector doctrinal con respecto al antiguo art. 89.7 CP 1995 (Cugat Mauri, 2010).

Se sigue manteniendo la relación de especialidad entre este precepto y el artículo 468.2 CP 2015, donde se recoge el tipo del quebrantamiento de condena, por lo que éste no sería de aplicación.

6. Consecuencias que acompañan la no sustitución de la pena por la expulsión

Hay supuestos en los que solo se retrasa la expulsión penal. En primer lugar, aquellos supuestos en los que se faculta al juez para que decida que el autor de los hechos cumpla parte de la condena de prisión antes de ser expulsado penalmente cuando considere que resulta necesario “para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito” (art. 89.1 CP). En segundo lugar, los casos en los que el legislador conmina al juez a que se ejecute la pena en prisión en todo o en parte cuando “hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración”... “en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito” (art. 89.2 CP). Pero en este segundo supuesto solo se retrasa la expulsión penal cuando el juez decide que la pena de prisión se ejecute solo en parte.

En el caso de que el juez decida la ejecución de toda la pena de prisión (art. 89.2 CP) y decida que la expulsión no procede por considerarla desproporcionada en atención a las circunstancias del hecho y personales del autor, especialmente el arraigo en España (art. 89.4), la consecuencia obvia es el consiguiente cumplimiento de la pena de prisión. En estos supuestos cabría esperar que el extranjero pudiera iniciar un proceso de reinserción durante el cumplimiento de la pena, que acabaría materializándose en España tras su cumplimiento definitivo. Sin embargo, las previsiones de la Ley de Extranjería sobre los antecedentes penales de los extranje-

ros como causa de expulsión hacen difícil que tal reinserción se haga realidad. El caso de Abdul que se expuso al inicio no es una excepción.

V. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 89 CP A LA LUZ DE LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA DEL ARTÍCULO 57.2 LOEX

La expulsión como sustitutivo penal del art. 89 del CP de 1995 iba dirigida a los ciudadanos procedentes de terceros países que se encontraran en situación irregular. El precepto indicado hacía referencia a que la sustitución de la pena de prisión por la expulsión se realizaría en el momento de la sentencia, añadiendo poco después que *“también podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas”* (art. 89.1 *in fine*). Hay que llamar la atención sobre el hecho de que la situación de irregularidad administrativa no es estática, por el contrario varía o puede hacerlo a lo largo del tiempo que permanezca el extranjero en el país de acogida. Además, según Ley de Extranjería, carecen de una situación regular para permanecer en el país todos los extranjeros no comunitarios condenados por un delito castigado con pena superior a un año de privación de libertad debido a la causa de expulsión prevista el artículo 57.2 LOEX. En consecuencia, aquellos extranjeros en situación regular que fueran condenados a más de un año de privación de libertad estaban incurso en dicha causa de expulsión. De tal forma que la autoridad administrativa competente autorizaba la expulsión del extranjero condenado en virtud del artículo 57.2 LOEX a la que le acompañaba una resolución administrativa revocando el permiso de residencia del extranjero, como se explicó al inicio de este trabajo. De esta manera, el extranjero residente legal al ser condenado a un año o más de pena privativa de libertad pasaba a encontrarse en situación irregular tras dicha resolución administrativa y a formar parte del supuesto de hecho del artículo 89 del Código penal.

Lo anterior mostraba que el legislador penal parecía ignorar las consecuencias administrativas que un ingreso en prisión tenía para el inmigrante, esto es, la irregularidad administrativa casi irremediamente por incurrir en la causa de expulsión del artículo 57.2 LOEX. Esto hacía que la norma penal fuera dirigida prácticamente a todos los extranjeros procedentes de terceros países condenados a más de un año de pena privativa de libertad, bien por estar irregular en el momento de la sentencia o bien por caer en la irregularidad administrativa con posterioridad, ya en prisión, en aplicación del artículo 57.2 LOEX. En ninguno de los dos supuestos estaba prevista que la situación de arraigo social del condenado fuera un impedimento legal para las expulsiones sustitutivas de la pena. Hay que advertir, sin embargo, que dicha circunstancia personal sí estuvo prevista para las expulsiones administrativas en el artículo 99. 3º y 4º del Reglamento de Extranjería de 1996, así como se

previó también para estas en la Ley de Extranjería 4/2000, aunque no en la 8/2000 ni en el Reglamento de 2011.

Al no existir un ajuste claro entre la previsión penal y las consecuencias administrativas en materia de extranjería, en la práctica se perjudicaba al inmigrante en situación legal, es decir, con autorización para residir en España, ya que mientras que el inmigrante que carecía de los permisos administrativos necesarios para permanecer en el país podía ser expulsado por el juez siempre, el residente legal solo podía evitar el cumplimiento de la pena de prisión mediante la expulsión cuando previamente hubiera recaído una resolución administrativa de revocación de su permiso de residencia por aplicación del art. 57.4 LOEX. En este precepto se establece, como ya adelantamos, que la expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización de residir o trabajar en España. En definitiva, el extranjero no comunitario residente legal se encontraba en una situación de inseguridad jurídica manifiesta, puesto que dependía primero de una resolución administrativa de revocación de su permiso y, posteriormente, de un auto judicial sustituyendo lo que restase de condena en prisión por la expulsión.

El nuevo artículo 89 del CP, si bien mejora las posibilidades de reinserción de los extranjeros en España en algunos supuestos de hecho, en otros mantiene la situación anterior atendiendo a la combinación de los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación y su relación con la causa de expulsión del artículo 57.2 LOEX.

Así, la referencia a “**ciudadano extranjero**”, cualquiera sea su situación administrativa en el país, unido al nuevo límite inferior de la **pena de prisión de un año** por expreso mandato del legislador de ajustarlo a la causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEX, no parece que cambie sustancialmente la situación que se planteaba con anterioridad. Es decir, a todos los extranjeros no comunitarios condenados a más de un año de prisión se les puede sustituir la pena por la expulsión al igual que ocurría con la anterior regulación. No obstante, hay una diferencia que merece ser destacada y es que con la redacción del anterior artículo 89 CP no se podía aplicar el sustituto penal de la expulsión sobre el extranjero no comunitario en situación regular, salvo que hubiera una resolución administrativa previa que considerara que el extranjero estaba incurso en esa causa de expulsión y, por tanto, quedara revocado su permiso de residencia. Por el contrario, con la nueva redacción del artículo 89 CP la aplicación de la expulsión penal es de aplicación inmediata y en el momento de la sentencia (Díez Ripollés, 2015) a todo extranjero no comunitario con independencia de su situación administrativa, sin necesidad de esperar a que se emita una resolución por parte de la Administración correspondiente. Los criterios para proceder o no a la expulsión como sustitutivo penal ya no se hacen depender de una resolución administrativa de revocación de una autoriza-

ción para residir en España, sino de otros elementos más sustanciales como son las circunstancias del hecho y personales del autor, especialmente el arraigo.

Por otra parte, mientras que el artículo 89 CP hace referencia a penas superiores a un año de prisión, el artículo 57.2 LOEX se refiere a penas superiores a un año de privación de libertad. De esta forma se están restringiendo la aplicación del artículo 89 CP a penas exclusivamente de prisión, quedando sin posibilidad de ser sustituidas por la expulsión **el resto de penas privativas de libertad** como la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, la localización permanente y las penas de prisión de un año o inferiores (Muñoz Ruiz, 2014; Díez Ripolles, 2015). Esto hace que se planteen diversos supuestos en función de la situación administrativa del condenado:

Para los extranjeros residentes **legales** que hayan cometido conductas imprudentes o dolosas cuya **pena sea superior a un año de privación de libertad o de otra naturaleza, siempre que no sea pena de prisión**, no es de aplicación el sustitutivo de la expulsión del artículo 89 CP, por no tener cabida en su ámbito de aplicación. Esta situación no varía con respecto a la regulación anterior, puesto que los residentes legales no eran sujetos de aplicación de la norma penal. Este supuesto afecta a los condenados extranjeros a más de un año de pena privativa de libertad que no sea la prisión. En estos casos, si bien no es posible sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión, el extranjero está incurso en la causa de expulsión del 57.2 LOEX, sin que las circunstancias personales y en especial el arraigo puedan interferir en la ejecución de la sanción administrativa. Por lo que al cumplir su condena podrá ser ejecutada la expulsión administrativa.

Tampoco varía la situación para los extranjeros residentes legales que hayan sido condenados a una **pena privativa de libertad de un año o inferior a un año**. Con la regulación anterior, la expulsión como sustitutivo penal no se aplicaba por tratarse de un residente legal, que además no incurría en la causa de expulsión del artículo 57.2 LOEX por ser una pena privativa de libertad de un año o menos. Con la nueva regulación tampoco se aplica la expulsión como sustitutivo penal porque, aun pudiendo aplicarse a residentes legales, el supuesto de hecho cae fuera del ámbito objetivo de aplicación del nuevo artículo 89 CP.

Sí es una novedad el hecho de que los extranjeros en situación **irregular** que cometan delitos sancionados con penas privativas de libertad, incluso de prisión, de un año o inferiores salgan del ámbito objetivo de aplicación del nuevo artículo 89 CP. Hay que tener presente que el artículo 57.7 de la LOEX prevé la posibilidad de que el juez autorice la suspensión de la causa penal para que se pueda proceder a la expulsión administrativa del extranjero siempre que esté siendo investigado por un *“delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo*

caso no superior a tres días”. Solo en el caso excepcional de que el juez no autorice la suspensión de la causa y se condene al extranjero irregular a una pena privativa de libertad inferior a un año estaremos ante un supuesto que, habiendo tenido cabida en la regulación anterior, no la tiene en el precepto actual del artículo 89 CP.

VI. CONCLUSIONES

1. Desde mi punto de vista, el mayor avance de esta reforma lo constituye la introducción de criterios que dotan al juez de cierta discrecionalidad a la hora de tomar la decisión de sustituir o no la pena de prisión por la expulsión, individualizando la respuesta penal a la luz de las circunstancias del hecho y personales del extranjero y pudiendo entrar a valorar tanto la proporcionalidad de la medida como la reafirmación del ordenamiento jurídico.
2. Además, el ámbito objetivo de aplicación del sustitutivo penal para penas de más de un año de prisión permite excluir del ámbito de aplicación de la norma a los extranjeros en situación irregular condenados a menos de un año de prisión o a otras penas privativas de libertad cualquiera sea su duración, considerando el legislador desproporcionada la expulsión en esos casos.
3. Incrementa también la seguridad jurídica de la norma en la medida que el juez no depende de un expediente administrativo que revoque la autorización para residir en España para poder proceder a la sustitución del artículo 89 CP, como ocurría con anterioridad a la reforma de 2015 como consecuencia de la previsión de la causa de expulsión del artículo 57.2 LOEX.
4. Es criticable, no obstante, que el legislador mantenga distintas respuestas penales en función de la procedencia del sujeto, sin que aquellas tengan relación con el injusto penal. De esta forma, las consecuencias serán diferentes atendiendo a si el condenado es extranjero comunitario, no comunitario o español.
5. Además, es posible afirmar que, en términos generales, la reforma del artículo 89 CP no produce cambios importantes con respecto a la regulación anterior en cuanto al tipo de extranjero sobre los que puede recaer el sustitutivo penal, atendiendo a la combinación de los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la norma penal y su relación con la causa de expulsión del artículo 57.7 LOEX, salvo la excepción recogida en la segunda conclusión.
6. Los criterios de individualización de la pena que hemos valorado positivamente, no desembocan, sin embargo, en el inicio de un proceso de reinserción, sino tan solo retrasa la expulsión por varios motivos:
 - a. Por una parte, el criterio de la reafirmación del ordenamiento jurídico

abrazo la posibilidad de cumplir la pena y luego proceder a la expulsión. Con el cumplimiento parcial de la pena se quiere atender a las necesidades de prevención general positiva que de otra forma, esto es, procediendo solo a la expulsión, se podrían ver desatendidas.

- b. Por otra parte, la expulsión debe adoptarse atendiendo al criterio de proporcionalidad a través de las circunstancias del hecho y personales del autor, en particular el arraigo. Esto significa que en caso de que el extranjero tenga arraigo en el país el juez debe abstenerse de sustituir la pena por la expulsión en aras de mantener el arraigo del sujeto. Entendido de esta manera, el respeto al arraigo del sujeto está ligado al fin de la pena de prisión, que es la reinserción social. Sin embargo, esta no puede llegar a alcanzarse en la práctica a tenor de la vigencia de la causa de expulsión del artículo 57.2 LOEX (caso de Abdul referido en la Introducción) y su aplicación automática por parte de la Administración, contraria a la opinión jurisprudencial mayoritaria.
7. En los supuestos en los que el extranjero cuenta con arraigo en el país, la respuesta del Estado frente a su conducta infractora es más aflictiva que frente a la de un extranjero sin arraigo social o a la de un español. Frente a un extranjero sin arraigo social en el país porque éste conseguirá que se le sustituya todo o parte de la pena de prisión por la expulsión, librándose del cumplimiento de todo o parte de la pena de prisión; y frente a un español porque, tras haber cumplido ambos la pena, al extranjero le espera al salir de prisión la expulsión administrativa del país por tener antecedentes penales.
8. Las dificultades de reinserción se observan incluso en los supuestos en los que el extranjero no es expulsado ni penal ni administrativamente, bien por circunstancias ajenas a la voluntad de la Administración, bien por decisión de la propia Administración. La dificultad proviene de contar con antecedentes penales tras el cumplimiento de su condena en España, los cuales son un impedimento para la renovación de las autorizaciones de residencia, siendo estas un elemento esencial para llevar a cabo una vida normalizada en el país de acogida.
9. Con independencia de los aspectos positivos y negativos del nuevo precepto, una visión unitaria del ordenamiento jurídico, en concreto a la luz de la Ley de Extranjería como así pretende el legislador de 2015 según el Preámbulo de la reforma, nos lleva a considerar que en tanto no se elimine la causa de expulsión del artículo 57.2 LOEX, cualquier regulación de la expulsión penal tendrá por finalidad reforzar la política migratoria y el control de fronteras, puesto que el horizonte marcado por aquel trunca las posibilidades de reinserción social de la pena.

10. España sigue sumergida en la corriente conocida en los países occidentales receptores de inmigración como “crimmigration”, donde se observa una clara relación entre el ámbito administrativo y el sistema penal dirigida al control migratorio. Esta superposición de funciones está dando lugar a vulneración de principios y derechos básicos de nuestro ordenamiento jurídico, siendo la relación entre el artículo 89 CP y el 57.2 LOEX un claro ejemplo de ello.

BIBLIOGRAFÍA

- ADROHER, S. (1995). “La entrada, la permanencia y la salida de extranjeros en España” en *La inmigración*. Bosch. Barcelona.
- ARIAS SENSO, M. (2005). “Expulsión de extranjeros condenados: Aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004” en *Diario La Ley*. Año XXVI. Núm. 6160. Lunes 3 de enero de 2005.
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (2007). *Política criminal de la exclusión*, Comares, Granada.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (2011). *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*. Comares. Granada.
- CANCIO MELIÁ, M. (2007). “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art.89 CP)”. En *Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Estudios en Ciencias Penales y Criminología*. 002-04. www.ilecip.org.
- CANCIO MELIÁ, N. y MARAVER GÓMEZ, M. (2005). “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal, en Bacigalupo, S y Cancio Meliá., M. (coords.) *Derecho Penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona.
- CEREZO MIR, J. (1993). *Estudios sobre la moderna reforma penal española*. Tecnos. Madrid.
- COMAS d'ARGEMIR, M., SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C.; NAVARRO, E. (2012). “Sustitución de la pena por la expulsión: Principio de proporcionalidad, audiencia del acusado y del penado, distintas fases procesales (art. 89 CP)” en *Boletín de la Comisión penal de Jueces para la Democracia*.
- CUGAT MAURI, M. (2010). “La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros”, en Quintero Olivares, G. (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*. Navarra.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2006). “Extranjería y privación de libertad” en *Revista de Estudios Penitenciarios*. Homenaje a al Profesor Francisco Bueno Arús. Número extra.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; DURÁN SECO, I.; OLAIZOLA NOGALES, I.; JERICÓ OJER, L.(2007). “Extranjería y Derecho penal: Las últimas reformas” en *Revista Jurídica de Castilla y León*. Nº 12. Abril.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JL. (2015). *Derecho penal español. Parte general*. 4ª edición revisada y adaptada a las reformas de 2015. Tirant lo Blanch. Valencia.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. (2013). “Ejecución de la expulsión judicial sustitutiva y pluralidad de causas penadas y en su caso preventivas penitenciariamente activas” en *Revista de Estudios Penitenciarios*. Extra-2013.
- GARCÍA ESPAÑA, E. (2001). *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- GARCÍA ESTEBAN, M.D. (2015). “Expulsión de extranjeros del Código penal” en *Revista penal*, nº 35, pp. 45-83.
- GÁMIZ, M. y VALDERRAMA, J. (2013). “El proyecto de reforma del Código Penal. La sustitu-

- ción de las penas por expulsión a los extranjeros residentes”, diciembre 2013, p. 1. Recurso electrónico disponible en: <http://www.pensamientocritico.org/mangam1213.htm>
- GIMÉNEZ SALINAS, E. (1994). “Extranjeros en prisión” en *Eguzquillore*, nº 7, diciembre. San Sebastián.
- GRACIA MARTÍN, L. y ALASTUEY DOBÓN, C. (2012). “Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad”, en Gracia Martín, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (1997). *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, Valencia, p. 50. www.gepc.es/web/documentos
- GUISASOLA LERMA, C. (2010). «La reforma del Código penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de penas privativas de libertad (art. 89)». Comentarios a la Reforma Penal de 2010. Tirant lo Blanch. Valencia.
- GUISASOLA LERMA, C. (2010). «Reformas penales y tendencias político-criminales en materia de inmigración». *La Ley Penal* nº 67.
- IGLESIAS RÍOS, M.A. (2015). “La expulsión del extranjero” en Quintano Olivares, G. (dir). *Comentarios a la reforma penal de 2015*. Aranzadi. Navarra.
- IZQUIERDO ESCUDERO, F.J. (1997). “Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del CP. Comentario al auto del Tribunal Constitucional 106/97 de 17 de abril”. *Revista Jurídica La Ley*. Nº 4403, de 27 de octubre.
- LARRAURI PIJOAN, E. y JACOBS, J.B. (2011). “Reinserción laboral y antecedentes penales” en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*. 13-09.
- LARRAURI PIJOA, E. (2016). “Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes”, *InDret*.
- LAURENZO COPELLO, P. (2004). “Últimas reformas en el Derecho Penal de extranjeros. Un nuevo paso en política de extranjería”, en *Jueces para la democracia*, No 50, p. 30.
- LEGANÉS GÓMEZ, S. (2015). “La expulsión de los penados en el Código penal de 2015” en *Diario La Ley*, nº 8579, pp. 1458-1465.
- MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J. (1996). *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas. Madrid. Tercera edición.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2008). “¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular?. Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad” en *Revista Electrónica de Ciencia penal y criminología*. 10-06.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2009). “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?” en *InDret. Revista para el análisis del derecho*. Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- MUÑOZ LORENTE, J. (2004). “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: El artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2º época, nº extraordinario 2. Pp. 401-482.
- MUÑOZ RUÍZ, J. (2014). “La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas” en *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*. 16-05. Pp. 1-44.
- NAVARRO CARDOSO, F. (2006). “Expulsión “penal” de extranjeros: una simbiosis de Derecho Penal “simbólico” y Derecho Penal del “enemigo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología 2a Época*, no17.
- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (2010). *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 2a Edición actualizada conforme a la LO 5/2010, Valencia.

- RAMÓN RIBAS, E. (2010). “La Criminología en la aplicación del Derecho penal” en *Revista de Derecho y proceso penal*. Vol. 23.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A. (1995). *Derecho penal español. Parte general*. 16º edición. Madrid.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (2012). “El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes” en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 14-07.
- ROIG TORRES, M. (2014). “La expulsión de los extranjeros en el proyecto de reforma del Código penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH. Unas notas sobre el Derecho británico”. *Estudios penales y criminológicos*. Vol. XXXIV. Pp. 423-509.
- SALINERO ECHEVARRÍA, S. (2011). “La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”, en *Política Criminal*. Vol.6, no11 (julio 2011), pp. 106 y 107. Recurso electrónico disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol611A4.pdf
- SÁNCHEZ YLLERA, I. (1996). *Comentarios al Código penal de 1995*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2010). «Reflexiones y propuestas sobre inmigración. En torno al Proyecto de reforma del Código Penal de 2009». InDret no 1.