

# La expulsión del extranjero como castigo penal

**Rosa Salvador Concepción<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Abogada ejerciente y Doctora en Derecho. Almería.

---

**España**

*Correspondencia: Rosa Salvador Concepción*  
mail: rsalvadorabogada@hotmail.com

---

© Revista Internacional de Estudios Migratorios. CEMyRI. UAL (España)

## Resumen

La normativa de aplicación establece que constituye causa de expulsión de un extranjero el que haya sido condenado por la comisión de manera dolosa de una infracción penal que le haya conllevado una condena de más de un año de privación de libertad o el que esté imputado por delitos que conlleven una pena de menos de seis años, suscitándose con el establecimiento de esta medida un intenso debate acerca de la idoneidad de la misma y de si con ella se puede estar incumpliendo el principio de proporcionalidad que ha de regir nuestro sistema sancionador.

Es por lo que, en este trabajo vamos a realizar un análisis pormenorizado acerca de los actuales criterios de aplicación de esta medida y sus inmediatas consecuencias.

**Palabras Clave:** Expulsión, inmigración ilegal, prisión, sustitución, privación de libertad, imputación, acusación.

*Recepción: 23/01/2012 Aceptación inicial: 02/02/2012 Aceptación final: 24/05/2012*

## Abstract

The implementing legislation provides that constitutes grounds for expulsion of a foreigner who has been convicted for committing international way of a criminal offense that has led to a sentence of more than one year's deprivation of liberty or is charged with crimes that carry a sentence of less than six years, prompting the establishment of this as an intense discussion about the appropriateness of it and if it can not be complying with the proportionality principle that have to govern our system of penalties.

And that is why we will perform a detailed analysis of what current criteria for application of this measure and its immediate consequences.

**Keywords:** Deportation, illegal immigration, prison, replacement, privation of freedom, imputation, accusation.

*Received: 01/23/2012 Initial acceptance: 02/02/2012 Final acceptance: 05/24/2012*

## 1. Planteamiento

Empecemos aludiendo a que la sustitución de la pena por la expulsión del territorio español data de la Ley Orgánica Núm. 7/1985 de 1 de Julio sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España -a la que nos remitimos para un estudio histórico de la materia- aunque nosotros para realizar un análisis más actual vamos a comenzar este estudio remitiéndonos a la vigente Ley Orgánica Núm. 4/2000 de 11 de Enero sobre *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social* y más concretamente, a su Título III dedicado a las *Infracciones en Materia de Extranjería y su Régimen Sancionador*, así como de manera más específica, al Título XI del Real Decreto 2393/2004 de 30 de Diciembre por el que se aprobó el Reglamento de desarrollo de esta Ley.

Primeramente, el artículo 57.1<sup>1</sup> de esta L.O 4/2000 realiza un remisión expresa al artículo 53.1<sup>2</sup> del mismo texto para detallar las conductas que van a conllevar la expulsión del extranjero del territorio español. Seguidamente, en su Párrafo Segundo, añade que “Asimismo, 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”(Art. 57.2), estableciéndose así la obligación de expulsar a aquellos extranjeros condenados con penas de cárcel de más de un año. Es por lo que, ya podemos adelantar, que esta medida va a tener gran incidencia en el extranjero, sobretodo si se tiene en cuenta que ante su situación ilegal las posibilidades de subsistencia de muchos inmigrantes se va a reducir prácticamente a trabajar en la economía sumergida o/y recurrir a

---

1 “Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los Apartados a, b, c, d y f del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”.

2 “ a. Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente. b. Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida. c. Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito. Cuando cualquier autoridad tuviera conocimiento de una posible infracción por esta causa, lo pondrá en conocimiento de las autoridades competentes con el fin de que pueda instruirse el oportuno expediente sancionador. d. El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley. f. La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana”.

Redacción del artículo según las modificaciones incorporadas en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio, por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal.

la pequeña delincuencia patrimonial (Fernández, 2006:151) cuya condena habitualmente va a revasar la pena indicada.

Según el Apartado Séptimo del mismo artículo, también es posible incluso la sustitución por la expulsión cuando aún no habiendo condena, el extranjero es imputado por la comisión de un delito que contemple la imposición de una pena privativa de libertad menor a 6 años o pena de distinta naturaleza<sup>3</sup> y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión<sup>4</sup>; siendo bastante significativo el hecho de que la imputación a la que se refiere este artículo pueda alcanzar a penas distintas a la de prisión, al añadirse intencionadamente la expresión “*o pena de distinta naturaleza*”, con lo que podemos afirmar que resultará asimismo posible la sustitución por expulsión también en juicios de faltas (Rodríguez, 1995:9) y en causas por delitos que lleven aparejada una pena no privativa de libertad. Así mismo, y en aplicación de este último Apartado, para el caso que el extranjero sufra distintas imputaciones cabe la posibilidad incluso de que se autorice la expulsión si cada una de las penas respeta el límite penológico establecido, con lo que cabría autorizar la expulsión si la misma causa se sigue por varios delitos contra el mismo extranjero siempre que cada uno de ellos no supere la pena de seis años de privación de libertad. La Fiscalía General para la interpretación de este Apartado reconoce en su Circular Núm. 2/2006 que ante estos supuestos la opción por la denegación de la autorización y la consiguiente continuación de la tramitación de la causa penal se configura como excepción, al primarse expresamente la expulsión<sup>5</sup>, con lo que podríamos cuestionarnos el efecto que puede conllevar el que la expulsión sea resuelta cuando el extranjero no ha sido aún condenado sino tan sólo imputado y si no se puede estar conculcando el principio de *presunción de inocencia*, ya que previamente

---

3 Teniendo en cuenta además que el legislador se refiere aquí a penas aisladas pudiendo aplicarse la expulsión aunque sobre el extranjero pendieran varias penas y la suma de éstas superara los seis años. Aclarado con este criterio por la Jurisprudencia de manera unánime. Para su ilustración véase por su interés, la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 521/2010 de 26 de Mayo donde en su Fundamento de Derecho Segundo recoge, “ Nada impide aplicar la expulsión sustitutoria aunque la suma de las penas supere los seis años de privación de libertad dado que el citado precepto a diferencia del art. 81.2, relativo a la suspensión, no especifica si se refiere a la suma o conjunto de penas impuestas en la misma sentencia, o a cada una de ellas individualmente consideradas, inclinándose la doctrina más autorizada porque lo definitivo es la pena impuesta por cada delito, por cuanto el tenor literal del precepto al usar el plural (“las penas privativas de libertad inferiores a 6 años...”) aboga por este criterio (STS 1400/2005) (vide, SSTs 901/2004, 1231/2006, 792/2008)”.

4 Tal y como expresamente establece el Apartado 7 del mismo artículo 57 que comentamos y por el que procederá la expulsión “Cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por 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, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación”.

5 Así recogido en la p. 63 de la mencionada Circular.

Más adelante, en la p. 100, y al resumir las Conclusiones alcanzadas en la citada Circular, la Fiscalía General vuelve a citar como Conclusión Primera que: “Los Sres. Fiscales, en los casos en que se impongan a extranjeros no residentes legales penas privativas de libertad inferiores a seis años, habrán de interesar como regla general la sustitución de las mismas por la expulsión”.

a su enjuiciamiento y a la resolución del proceso penal, el extranjero sufre ya una consecuencia como puede ser esta expulsión, en muchos casos equiparable a la peor de las condenas penales. Será por este motivo por el que la misma Circular, más adelante, apunta un criterio más igualitario al recomendar que, *“Si la declaración del extranjero constituye una prueba de descargo, el derecho a utilizar todos los medios pertinentes de prueba debe prevalecer, de modo que la autorización debiera en todo caso subordinarse a la preconstitución probatoria”*<sup>6</sup>.

Así mismo, la sustitución que comentamos viene también prevista obviamente en el Código Penal, en el vigente artículo 89<sup>7</sup>, donde se recoge esta sustitución de las penas impuestas menores a seis años así como de las que resten por cumplir en penados que ya hubieran accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de su condena<sup>8</sup>, lo que algunos autores han criticado al entenderse que de esta forma la medida de expulsión más que sustitutivo de la pena lo va a ser de la libertad condicional (Terradillos, 2006:56) e incluso que al haberse cumplido ya gran parte de la condena, la expulsión no va a ser una medida sustitutiva sino acumulativa<sup>9</sup>.

De forma que el articulado de estudio ha provocado el que desde la jurisprudencia y la doctrina científica se haya cuestionado el alcance de las disposiciones que establece, estudiándose la idoneidad de su aplicación y su efecto criminológico y social. A continuación vamos a conocer las cuestiones más relevantes que se han planteado, su posible solución y las conclusiones a las que nos conduce su análisis.

---

6 Circular de la Fiscalía General Núm. 2/2006, p. 64.

7 “1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas. 2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. 3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. 4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad. 5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España. 6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

8 Para el establecimiento de Grado Penitenciario, véase artículos 100 y ss. del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

9 Así recogido en el Fundamento de Derecho Segundo, de la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 901/2004 de 8 de Julio.

## 2. Cuestiones más relevantes

Para un mejor comentario y antes de continuar tendríamos que recordar que el artículo 1.1 de la L.O 4/2000 identifica como extranjeros “a los que carezcan de la nacionalidad española”, si bien fue necesario que la Fiscalía General aclarara posteriormente que, “El extranjero residente que se halle en posesión de alguna de las autorizaciones administrativas o dispensado de la obligación de obtenerlas en virtud de tratado o de ley ha de afrontar el cumplimiento de la condena en las mismas condiciones que el reo español, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el art. 57.2 LE que autorizaría la incoación de expediente de expulsión si la condena ha sido por delito doloso que tenga señalada pena privativa de libertad superior a un año de duración”<sup>10</sup>. Es por lo que, podríamos resumir que el extranjero irregular va a ser aquel que haya realizado una entrada ilegal consumada o aquellos que tengan una permanencia irregular sobrevenida por no obtención de prórroga de estancia, o por último, permanezcan irregulares por caducidad de los documentos autorizantes de residencia sin haber solicitado la renovación en plazo reglamentario (Muñoz, 2004: 448). Con este mismo sentido, la Circular de la Fiscalía General Núm. 2/2006 aclaró expresamente que podía “aplicarse la expulsión sustitutiva tanto a los extranjeros que se encuentran irregularmente en España como a los extranjeros en situación de estancia, conforme al art. 30 LE<sup>11</sup> (permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días). Ello no obstante, como se analizará infra, la concurrencia de esta circunstancia -estancia- habrá de ser ponderada a la hora de decidir sobre la expulsión. Solamente, pues, quedan excluidos de la posibilidad de expulsión sustitutiva los nacionales y los extranjeros que residen legalmente en España, temporal o permanentemente (art. 30 bis LE)”<sup>12</sup>. Ahora bien, en atención a la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo la sustitución por la expulsión difícilmente podría ser aplicada a un ciudadano comunitario -no ya por la existencia del conocido Acuerdo de Schengen<sup>13</sup> ratificado por España en el 25 de Junio de 1991- al recoger el artículo 33<sup>14</sup> de tal Directiva que el Estado miembro de

---

10 Según consta en la p. 17 de la misma Circular.

11 Abreviatura de la Ley Orgánica Núm. 4/2000 de 11 de Enero.

12 Así recogido en la p. 7 de la citada Circular.

13 El objetivo de este Acuerdo de 14 de Junio de 1985 fue la creación de una zona de libre circulación con la supresión de las fronteras comunes de los países firmantes. Mediante este acuerdo los Estados suprimieron los controles de las fronteras comunes, potenciando sus fronteras externas a fin de obstaculizar la inmigración ilegal de nacionales de Estados no miembros de la Unión Europea; no habría pues fronteras interiores. Además los Estados se comprometían a armonizar sus normativas sobre prohibiciones y restricciones y a adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la seguridad.

14 1. El Estado miembro de acogida sólo podrá emitir una orden de expulsión del territorio como pena o medida accesoria a una pena de privación de libertad, cuando dicha orden cumpla los requisitos de los artículos 27, 28 y 29. 2. Cuando una orden de expulsión de las contempladas en el Apartado 1 vaya a ejecutarse

acogida sólo podrá emitir una orden de expulsión del territorio de un ciudadano comunitario como pena o medida accesoria a una pena de privación de libertad cuando dicha orden cumpla los requisitos de los artículos anteriores - concretándose estos requisitos conforme al artículo 27<sup>15</sup>- con lo que las limitaciones a la libertad de circulación y residencia sólo podrán acordarse por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Por este motivo el artículo 28 del mismo texto dispone que antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen.

Aclarado entonces quiénes pueden ser los afectados por la medida de expulsión y bajo qué limitaciones, habremos de continuar aludiendo al ya mencionado artículo 89 del vigente Código Penal al ser el eje de la regulación de estudio. Como podemos observar en su redacción se pone el acento en la pena resultante y no en la infracción penal cometida, de forma que será la determinación de la condena -ya habiéndose aplicado las posibles eximentes, circunstancias modificativas, grados de ejecución o de participación, autorizado por las reglas penológicas- la que active la posibilidad de aplicar la sustitución por la expulsión. Según la modificación incorporada a este artículo por la Ley Orgánica Núm. 11/2003 de 29 de Septiembre se impone la obligación de sustituir por la expulsión las penas privativas de libertad impuestas a un extranjero no residente legalmente en España, de manera que la reforma promovida por esta Ley Orgánica se encaminó principalmente y según lo que podemos interpretar incluso de la literalidad

---

más de dos años después de haberse dictado, el Estado miembro deberá comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión”.

15 “1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Capítulo, los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos. 2. Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas. La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general. 3. Para comprobar si el interesado constituye un peligro para el orden público o la seguridad pública, en el momento de expedirse el certificado de registro o, a falta de un sistema de registro, a más tardar tres meses después de su entrada en el territorio o a partir de la fecha de la notificación de su presencia en el territorio, tal como se establece en el Apartado 5 del artículo 5, o en el momento de expedirse la tarjeta de residencia, el Estado miembro de acogida podrá, cuando lo juzgue indispensable, pedir al Estado miembro de origen y, en su caso, a otros Estados miembros información sobre los eventuales antecedentes penales de un interesado. Esta consulta no podrá tener carácter sistemático. El Estado miembro consultado deberá hacer llegar su respuesta en el plazo de dos meses. 4. El Estado miembro que haya expedido el pasaporte o documento de identidad recibirá sin trámite alguno en su territorio al titular de dicho documento que haya sido expulsado por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, aun cuando el documento haya expirado o se haya impugnado la nacionalidad del titular”.



del precepto, a lograr que la expulsión constituyera la regla mientras que el cumplimiento efectivo de la pena fuera su excepción (Brandariz, 2007: 120).

Más adelante la expulsión es revitalizada (Salinero, 2011:112) con la reforma promovida por la Ley Orgánica Núm. 5/2010 de 22 de Junio de la que el vigente artículo 89 tal y como lo hemos reproducido es resultado. De las modificaciones que introdujo esta reforma tenemos que destacar: en primer lugar el que se mencionara expresamente en el Apartado Quinto el término “*cualquier pena privativa de libertad*”, expresión que aunque pasó inadvertida (Corcoy y Mir, 2011: 229), tras la misma se interpreta que se sustituirán tanto las penas de prisión, como aquellas otras privativas de libertad, localización permanente, trabajos en beneficio de la comunidad o responsabilidad personal subsidiaria; lo que no ha dejado de levantar críticas acerca de una manifiesta desproporcionalidad punitiva y la posible conculcación de un obligado criterio de proporcionalidad en el castigo penal. En segundo lugar, también podemos destacar el que se incorporara expresamente en su Párrafo Primero y Quinto la necesidad, antes de disponer la sustitución por la expulsión, de realizar audiencia<sup>16</sup> al penado y a las demás partes personadas tanto cuando se dispusiera la sustitución para un condenado como de aquel que hubiera accedido al tercer grado o tuviera cumplidas las tres cuartas partes de su condena, satisfaciéndose de esta forma la crítica generalizada que se realizó a la antigua redacción del precepto donde sólo se aludía a la necesidad de realizar audiencia al Ministerio Fiscal sin ser oídos ni las partes ni el propio extranjero.

Pues bien, la Fiscalía General reconoció en su Circular Núm. 2/2006 que la aplicación de la medida de expulsión tenía un carácter más imperativo que facultativo<sup>17</sup>, y ello pese a que en la misma Circular, y más adelante<sup>18</sup>, se recuerda de manera expresa que “*la medida de expulsión no debe ser considerada como un beneficio*”. Aún así, la corriente jurisprudencial<sup>19</sup> más mayoritaria da por hecho la naturaleza excepcional de la no aplicación de la medida de expulsión, mientras que una jurisprudencia más débil plantea esta sustitución que comentamos tan solo como una posibilidad, ya que según

---

16 Esta necesidad de audiencia está consolidada en la jurisprudencia siendo reiterado el argumento de la necesidad de garantizar un auténtico “debate contradictorio” recogido en Sentencias como SSTS 901/2004, 906/2005, 710/2005, 832/2006, 35/2007, 682/2007, 125/2008, 25/2011, citadas a modo de ejemplo.

17 Según se recoge literalmente en la página 5 de la citada Circular cuando se determina que “El art. 89 reformado, manteniendo el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, no diseña la expulsión sustitutiva como una facultad del Tribunal, sino que la establece con carácter cuasi imperativo”.

18 P. 21 de la Circular Núm. 2/2006.

19 A modo de muestra véase la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 901/2004 de 8 de Julio que recoge en su Fundamento Jurídico Primero que el art. 89 es “una conminación legal dirigida al juzgador” y que “sólo excepcionalmente se admite el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario”.

interpreta está sujeta al criterio del juez actuante que habrá de justificar y razonar la idoneidad de la sustitución de la condena por la expulsión<sup>20</sup>.

Es por lo que ante estas diferencias de interpretación, desde aquí podríamos petitionar *lege ferenda* el que el legislador precise de manera más concreta y con mayor seguridad jurídica los criterios estrictos que habrá de seguir el juzgador para la aplicación o no de la medida de expulsión, ya que según vemos, la redacción actual atribuye una facultad decisoria acerca de este extremo al juzgador recogida en la expresión “salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”, mientras que según lo reconocido por la propia Fiscalía y la jurisprudencia más común, la inercia es resolver de manera más habitual con la sustitución de la condena por la expulsión. Y todo ello, pese a que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que para la imposición de la expulsión deben ponderarse circunstancias tales como el arraigo, la protección de la familia o que la vida del extranjero pueda correr peligro o el que el mismo pueda ser objeto de tortura o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>21</sup>. Es por este motivo por el que insisto en la necesidad de que sean concretados de mejor forma los criterios que han de seguirse para la aplicación o no de la medida de expulsión.

En tanto en cuanto se produce esa reforma, la jurisprudencia insiste en la necesidad de que en la motivación del Tribunal se pondere no sólo la naturaleza del delito sino también las circunstancias personales y familiares del acusado, a fin de atender no sólo a razones de orden público o de una determinada política criminal sino también a la salvaguarda de derechos fundamentales<sup>22</sup>. Y es que, tenemos que recordar además que tal medida de expulsión se va a magnificar si tenemos en cuenta que la misma llevará aparejada la imposición de la prohibición de regresar a España durante un plazo de 5 a 10 años -un tiempo que en algunos supuestos será superior a la propia pena privativa de libertad sustituida-, así como que la aplicación de la medida conllevará el archivo de

---

20 Esta naturaleza no automática sino discrecional de aplicación de la medida de expulsión es reconocida no sólo literalmente en el precepto de comentario – artículo 89 del Código Penal- sino que además es interpretada en este sentido por la jurisprudencia de manera unánime. Por la ilustración de su contenido véase en este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo Núm. 901/2004 de 8 de Julio, Núm. 1546/2004 de 21 de Diciembre y la Núm. 710/2005 de 7 de Junio.

21 “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

cualquier procedimiento administrativo en curso para la obtención por el extranjero de permiso de trabajo o residencia<sup>23</sup>, con la posible afección entonces del derecho a la tutela judicial efectiva al impedirse el acceso del interesado a obtener una resolución administrativa, esto es, lo que ya algún autor ha definido como la supeditación del ordenamiento penal al ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (Monclús, 2008: 422) y que ha conllevado una fuerte crítica realizada por un amplio sector doctrinal que califica que la medida que comentamos conduce a una clara instrumentalización del Derecho Penal (Cancio, 2005: 191; Ceres, 2005: 302; Flores, 2002: 97). Más aún, si la expulsión no va a ser obstáculo para que se concluyan las piezas separadas de responsabilidad civil que no deberán ser archivadas hasta que se hayan concluido debidamente, con lo que la medida de expulsión no impedirá que se lleven a cabo la traba oportuna de bienes del extranjero al efecto de satisfacer esa responsabilidad. Por último, no podemos olvidar que según el contenido ya reproducido del Párrafo Cuarto del artículo 89, en caso de intento de quebrantamiento de la decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada si el extranjero es sorprendido en la frontera será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad y en cambio, si está ya en interior de España, deberá cumplir las penas privativas que le fueron sustituidas.

Dada la intensidad e importancia de estas medidas aparejadas a la principal medida de expulsión sustitutoria, es por lo que la jurisprudencia de manera unánime y con rotundidad ha apuntado que previamente a la expulsión es necesario realizar de manera oportuna la audiencia al extranjero, sometiéndola a los relevantes principios de contradicción y defensa<sup>24</sup>, de manera que se garantice la ocasión de que el extranjero argumente su situación personal y su posible arraigo con el objeto de evaluar el efecto que la

---

22 Así enunciado en muchas Resoluciones, por citar un ejemplo, véase el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 366/2006 de 30 de Marzo.

23 Y ello pese a que, no deja de resultar curioso que por otro lado el artículo 31.4 de la L.O 4/2000 estableciera que “Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar los permisos a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena.”; aquellos otros que sí hubieran sido titulares de una Autorización de Residencia, tendrán alguna posibilidad de renovarla en virtud de la discrecionalidad que señala este artículo.

24 A modo de muestra y por su contenido ejemplar, hagamos referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 901/2004, de 8 de Julio y por la que “Lo usual será que tal petición se efectúe en las conclusiones provisionales, lo que permite conocer ex ante y temporáneamente tal petición para efectuar las alegaciones y probanzas que se estimen procedentes por la parte afectada. En el presente caso tal momento supuso, de hecho, una indefensión con trascendencia en la quiebra de la protección de derechos fundamentales como el de defensa, causante de indefensión y protección a la familia -art. 16 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 8 del Convenio Europeo y art. 39 de la Constitución”.

Con el mismo criterio, véase las SSTs Núm. 710/2005, de 7 de Junio y la Núm. 274/2006, de 3 de Marzo.

expulsión va a causarle a nivel personal y familiar. Y es que, si bien la justificación de este precepto 89 redunda en cuestiones de prevención general, por el efecto que puede tener para el delincuente potencial la expulsión con la expectativa de generar un temor colectivo social que provoque la abstención de la realización del ilícito penal, una fuerte corriente doctrinal (Cerezo, 1993:207; Manzanares, 1993:171; Sánchez, 1996:2) cuestiona en cambio este posible efecto preventivo reconociéndole incluso el efecto contrario y encontrando en su motivación más bien razones de política penitenciaria enmarcada en una política general de lucha contra la inmigración (Rodríguez, 2003:179) que de política criminal (Izquierdo, 1997:18; Navarro, 2006:154), por entenderse que la intención del legislador había sido *a priori* la desmasificación de las cárceles (Jiménez, 1994:139; Peiterado, 2000:91) más que la consecución de un efecto preventivo general.

A este respecto, habremos de observar que aunque no hay un reconocimiento expreso de esta intención del legislador, no podemos obviar que en la Exposición de Motivos de la L.O. 11/2003 de 29 de Septiembre se sintetizaban los objetivos perseguidos por la reforma del artículo 89 mencionándose que “se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto”, con lo que podemos deducir que en efecto, en esta regulación que estudiamos ha prevalecido la política de extranjería sobre la política penal. Ahora bien, el conflicto entre estos dos ámbitos, el administrativo y el penal, saca a colación el que nos podamos cuestionar, como ya lo ha hecho un amplio sector doctrinal (Rodríguez, 2006: 267), un posible incumplimiento del Principio *Non Bis In Idem*<sup>25</sup>. Por su parte, en este extremo la jurisprudencia<sup>26</sup> se manifiesta unánime en la defensa de que esta medida de expulsión en su concurrencia con la condena penal no incumple este conocido Principio al argumentarse que los fundamentos de ambas medidas son distintos, ya que el Bien a proteger con su adopción es distinto también, para la expulsión lo es una política de extranjería mientras que la condena penal responde a una política criminal. Aunque a mi entender, con esta interpreta-

---

25 No se podrán imponer sanciones penales y administrativas por unos mismos hechos ya sancionados.

26 Como muestra citaremos este extracto del Fundamento de Derecho Sexto del Auto del Tribunal Constitucional Núm. 331/1997 de 3 de Octubre: “La condena y la expulsión están orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, pues ya hemos precisado que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes. Es decir, sin mayores matices, podemos convenir en que el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza aflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado”.

ción esta corriente jurisprudencial reconoce tácitamente que en efecto la intención del legislador no fue alcanzar con la expulsión fines preventivos sino penitenciarios.

Además, aunque no fuera el principal objetivo del legislador, por mi parte sí que considero que la sustitución que comentamos tiene un efecto preventivo general, y ello pese a que también comparto la valoración que apunta a la necesidad de proporcionalidad para un adecuado funcionamiento de la prevención general, de modo que, si falla, se corre el riesgo de que se vean frustradas las funciones de prevención general (Luzón, 1996: 85) ya que entiendo incuestionable el que la mayor parte de los extranjeros afectados por estas expulsiones, dada la situación de pobreza de la mayoría de sus países de origen, van a asumir con mayor temor si cabe la medida de expulsión que la condena a prisión, más aún si esta medida va acompañada como hemos visto, de la imposibilidad de entrar a España durante al menos 5 años así como el archivo de cualquier proceso de legalización en curso.

Este efecto preventivo sí que parece indiscutible si atendemos al Apartado 7 de este artículo 89 cuando se recoge que ante los delitos tipificados en los artículos 312<sup>27</sup> (tráfico ilegal de mano de obra), 313<sup>28</sup> (simulación de contrato) y 318 bis<sup>29</sup> (tráfico ilegal de personas) no será de aplicación la sustitución de la condena por la expulsión, y ello precisamente por su sentido de cara a evitar la continuidad delictiva que casi con toda seguridad, se daría si ante estos delitos la pena privativa de libertad se sustituyese por la expulsión del territorio nacional (Muñoz, 2004:424). Los delitos contenidos en

---

27 "1. Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.

2. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual."

28 "El que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior."

29 "1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión. 2. Los que realicen las conductas descritas en el Apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el Apartado anterior. 3. En las mismas penas del Apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. 4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los Apartados 1 a 3 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del Apartado 7 del artículo 33. 5. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada."

los preceptos indicados se orientan a la represión de conductas relativas a la promoción del tráfico de personas, de manera que entiendo que con esta limitación el legislador persigue que tales infracciones por su especial relevancia no encuentren un beneficio en la aplicación de la expulsión como sustituto a la condena de cárcel, asegurándose así el cumplimiento de la misma en estos casos en los que las infracciones cometidas afectan podríamos decir, a un ámbito más colectivo. En este sentido, hay autores (Guisasola, 2010:136) que han manifestado además la necesidad de incluir dentro de este Apartado el delito contenido en el artículo 177 bis acerca de la trata de seres humanos, crítica que comparto ya que este delito penaliza actuaciones de especial repulsa al estar íntimamente vinculadas a algo tan relevante como el tráfico ilegal de seres humanos y para el que no se puede permitir que la expulsión sea tan siquiera una opción para su condena.

En lo que respecta a su función preventiva especial, podemos afirmar que con la expulsión se pierde la finalidad reeducadora y resocializadora de las penas (Muñoz y García, 2007:567; Souto, 2007:311) pese a estar esta función consagrada en el artículo 25.2 de nuestra Constitución<sup>30</sup>. Y es que en principio la expulsión no es considerada una pena como tal, al no venir incluida dentro del catálogo de penas que recoge en el artículo 32 y ss. del Código Penal, aunque algún autor (Izquierdo, 1997:18) equipare esta medida con la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, así como otros en tanto en cuanto la impone un juez penal en una sentencia condenatoria la consideran más bien como una sanción administrativa revestida de la formalidad de una consecuencia jurídica del delito (Asúa, 2002:66). Con respecto a esto último, lo que resulta indiscutible, independientemente a su ubicación formal, es que la expulsión como medida sustitutiva sí que va a tener un contenido conminatorio para el extranjero afectado, agudizado más aún con la prohibición de entrada posterior y con el archivo de los permisos en trámite.

Así mismo, también podríamos plantearnos si no va a existir un trato desigualitario para el extranjero que es condenado a más de un año de cárcel sin llegar a alcanzar los dos años y al que le es impuesta esta medida de expulsión, si lo comparamos con la situación de una nacional que habiendo sido condenado por penas de cárcel de hasta dos años y no teniendo antecedentes penales va a quedar en libertad condicional en aplica-

---

<sup>30</sup> "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social..."

ción de lo dispuesto en el artículo 80<sup>31</sup> y 81<sup>32</sup> del Código Penal. Por este motivo el mismo artículo 89 en su Párrafo Sexto-Segundo se adelanta a esta cuestión<sup>33</sup>, y gracias a la reforma del artículo introducida por la ya mencionada L.O 5/2010 recoge expresamente que dispuesta la sustitución por la expulsión si ésta no puede llevarse a cabo, se ejecutará la condena pudiendo aplicarse entonces los criterios de sustitución y suspensión legalmente establecidos, en contraposición a su anterior redacción que excluía esa posibilidad<sup>34</sup>. De manera, que el mismo Tribunal Constitucional se ha llegado a pronunciar a este respecto estableciendo de forma reiterada que la posibilidad de sustitución o suspensión de las condenas penales se ha de aplicar de manera igualitaria entre los condenados de nacionalidad española que a los extranjeros<sup>35</sup>. Al respecto habremos de observar que si la finalidad de las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad es favorecer la reinserción y rehabilitación social de los penados con penas cortas privativas de libertad mediante su suspensión condicional o su sustitución por otras medidas distintas que eviten el eventual efecto desocializador que podría tener el efectivo ingreso en prisión durante un corto periodo de tiempo, esta finalidad quedaría frustrada con la expulsión trazándose un trato desigual si se entendiera que el penado extranjero -no residente legalmente en España y condenado a una pena corta privativa de libertad cuya expulsión no resultara posible ejecutar- se va a ver obligado a ingresar en un centro penitenciario para cumplir dicha pena sin la posibilidad de que le sean aplicados, si se cumplen los requisitos legales, los sustitutivos penales correspondientes.

Considero que es difícil no apreciar el efecto punitivo de la expulsión y el que la misma va a resultar harto perjudicial para el extranjero, e imagino que es éste el motivo

---

31 "1. Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada. En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste. 2. El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena. 3. La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados. 4. Los Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo."

32 "Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código. Que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas".

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

34 En El artículo 89.1.Párrafo Tercero según la reforma que introdujo la L.O 11/2003, recogía que, "La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal".

35 Como muestra véase el Auto Núm. 132/2006 de 4 Abril del Tribunal Constitucional.

por el que la jurisprudencia de manera unánime<sup>36</sup>, así como algunos autores, interpretan que la expulsión que comentamos provoca un utilitarismo del Derecho Penal al servicio de la represión de la inmigración irregular (Martínez, 2009:40) ante una manifestación del Derecho Administrativo, Procesal y Penal que califican “del enemigo” (Navarro, 2006:159; Portilla, 2004:696). Es por lo que, producto del sometimiento del Derecho penal a estas transformaciones de la política de extranjería, se ha de exigir entiendo, que la resolución de sustitución por la expulsión esté fundamentada para lograr la adecuada ponderación y salvaguarda de los derechos más fundamentales, siendo imprescindible un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar; más aún, si analizamos la proporcionalidad o no de la medida de expulsión a la luz del artículo constitucional Núm. 13 que no podemos olvidar, recoge que “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

En definitiva, la jurisprudencia más habitual<sup>37</sup> viene exigiendo esta valoración individualizada, no solo en atención a los derechos afectados, sino también desde la perspectiva de la justicia material y de respeto al principio de igualdad en cuanto que la infracción delictiva cometida pueda aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero que reside ilegalmente que para el que lo hace de forma legal o es de nacionalidad española. Podemos deducir entonces que lo que pretende evitarse con esta interpretación jurisprudencial son aquellos supuestos en los que la medida sustitutoria se aplica de forma automática y sin cumplir los cánones constitucionalmente consagrados de cumplimiento del derecho de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación.

De forma que tan sólo encontramos alguna resolución de carácter más aislado que equipara la expulsión a la impunidad, cuando se contempla que la expulsión después de cumplidos unos meses de prisión preventiva en delitos como los realizados contra la salud pública supone un favorecimiento o promoción del tráfico de drogas por ciudadanos extranjeros, creándose según se afirma una situación generalizada de *impu-*

---

36 Por su contenido ejemplar, véase el Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 366/2006 de 30 de Marzo.

37 Para su ilustración, veasé por su interés, la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 706/2006 de 24 de Octubre; la Núm. 258/2007 de 25 de Enero; o la Núm. 3725/2010 de 4 de Junio.



*nidad*<sup>38</sup>, acudiendo esta corriente incluso a criterios de prevención general y especial del delito y de resocialización del delincuente para justificar la necesidad de cumplimiento de la condena de cárcel. Esta línea interpretativa se apoya en el argumento de que tal situación de impunidad no sólo desactivaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal, sino que además generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como graves<sup>39</sup>.

Y si bien es cierto que existe un riesgo de que al sustituir entonces la pena por la expulsión se podría facilitar lo que algunas resoluciones apuntan como una *cuasi-impunidad* de la conducta<sup>40</sup>, así como quizás se impulsaría la proliferación de actividades dañinas por ciudadanos extranjeros ante la garantía de que de ser descubiertos serán repatriados a su país, quedando de esta forma comprometido tanto el efecto resocializador de la pena como la prevención general que se encuentra ínsita en ésta, no podemos obviar que en determinadas situaciones de pobreza y necesidad (Sáez, 2005:19) en los países de origen de los que en muchos casos podríamos decir, que se huye (Navarro, 2006:180), podemos encontrarnos que el efecto verdaderamente preventivo sea causado con la aplicación de la expulsión, al temer verse de esta forma el extranjero abocado no sólo a su repatriación sino como hemos visto, a la imposibilidad de conseguir los permisos pendientes de resolución por su inminente archivo, así como a la imposibilidad de volver, según la también comentada aparejada prohibición de entrada.

Si partimos de que buena parte del problema social que subyace en el sector de población de los inmigrantes ilegales que delinquen es el de los extranjeros que pretenden permanecer en nuestro país a cualquier precio y que recurren al delito como medio de subsistencia, es evidente de que el mensaje de que la comisión de un delito esta conminada con la expulsión ataca de raíz el móvil principal de este tipo de criminalidad (Cugat, 2001:27). De otro lado, tampoco podemos obviar el que el extranjero expulsado por aplicación de la sustitución no va a ser sometido a ningún tratamiento ni va a ser

---

38 Fragmento del Fundamento Jurídico Primero de la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 1546/2004 de 21 de Diciembre.

39 Extracto del Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo Núm.1400 /2005 de 23 de Noviembre.

40 Tal y como es mencionado en Sentencias como la del Tribunal Supremo Núm.61/2005 de 6 de Mayo en su Fundamento Jurídico Segundo o la Núm. 6859/2004 de 28 de Octubre en su Fundamento Primero.

resocializado, siendo abandonado a su suerte (Serrano, 1996:98) sin aplicarse medida alguna para la mejora de su reintegración.

Es por lo que, creo que tenemos que insistir en la importancia de la fundamentación de estas resoluciones de expulsión, así como el que en las mismas se priorice las razones preventivo especial y resocializadoras en los mismos términos y con igual carácter al que se utiliza con los infractores nacionales; y ello en atención al claro sentido de rehabilitación social que la Constitución otorga a la pena. Pero este argumento es más apropiado comentarlo en las Conclusiones Personales que desarrollo a continuación.

### **3. Conclusiones**

A modo de conclusión considero que en definitiva el principio de igualdad ha de regir nuestro sistema punitivo sin correr el riesgo que al tratar hechos delictivos idénticos, las consecuencias jurídicas sean diferentes dependiendo de que el sujeto sea nacional español o extranjero y que éste resida legalmente o no en España. De manera que independientemente de que podamos tener mayor o menor esperanza en el efecto resocializador de la condena -ya que algunos autores (Gracia, 1996:238; Thomas, 1994:97) cuestionan el efecto resocializador de las condenas de corta duración a tenor de que no hay margen temporal para el tratamiento penitenciario y exponen al interno a la contaminación sobrecargando además los establecimientos penitenciarios- y pese a que no podemos ignorar el cuestionado efecto reintegrador de una condena penal para quien esté en situación irregular (Asúa, 2002:20), no considero correcto dar por hecho *a priori* su ineficacia para el extranjero.

Y ante la imposibilidad de trazar un patrón común ya que los países de origen de los extranjeros ilegales y sus circunstancias económicas y sociales son de lo más diversas -de forma que en algunos supuestos la expulsión no puede ser considerada una sanción sino más bien un beneficio, mientras que para otros, cuyo país de origen presenta situaciones de extrema pobreza y necesidad, la expulsión tiene un efecto sumamente perjudicial. Lo que para uno puede resultar un premio, la evitación del ingreso en prisión, para otro puede suponer una aflicción mayor y no es claro qué clase de ponderación se exige al tribunal, si acordar la expulsión cuando aflige más o cuando aflige menos la prisión (Tamarit, 2011:614), y es éste el motivo por el que considero que ante una

actuación delictiva tendría que acudirse a un criterio común entre nacionales y extranjeros que imponga el cumplimiento de las condenas, independientemente además, a que en su ejecución pudieran ser de aplicación los beneficios legalmente establecidos para su sustitución o suspensión.

Una corriente doctrinal halla incluso un efecto criminógeno si se sustituye imperativamente y como regla general la prisión por expulsión (Asúa, 2002:55), por conllevar la expulsión una pérdida inmediata del efecto disuasorio de la pena (Cugat, 2001:27), y coincido en esta valoración para el caso que apuntábamos del extranjero que no proviene de un país sumergido en la pobreza y para el que la decisión de emigrar ha sido más bien un opción para mejorar que una huida por necesidad extrema. A este respecto no puedo dejar de estar de acuerdo con la Fiscalía General cuando afirma en su última Circular dedicada a esta materia, la Circular Núm.5/2011, que no debería de proceder la sustitución por la expulsión cuando la gravedad del delito elimine el efecto disuasorio de la condena penal provocando que el extranjero entienda que con la expulsión su infracción quedará sin castigo<sup>41</sup>.

En cambio, el carácter conminatorio de la pena que ya hemos reconocido, estaría más presente que nunca en aquellos casos en los que la emigración se plantea por cuestiones de necesidad, en los que el carácter preventivo general de la expulsión entiendo que estará garantizado. Es por lo que, para evitar la posibilidad de que ante la comisión de un mismo hecho, si el sujeto es extranjero sin residencia legal sea expulsado y si es nacional o residente legal sea llevado a prisión, y sin poder determinar de una manera homogénea para los afectados por esta expulsión si la misma va suponer un castigo o un beneficio -con la consecuente intensificación del efecto preventivo general para el primer caso y la inevitable pérdida de este efecto para el segundo- desde estas líneas apunto la necesidad de un sometimiento igualitario al sistema punitivo tanto para el español como para el extranjero -y ello independientemente eso sí, de la posible aplicación de los artículo 5 y ss. del Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas realizado en Estrasburgo el 21 de Marzo de 1983<sup>42</sup> o de cualquier otro Convenio de aplicación sus-

---

41 Según se recoge la p. 93 de la citada Circular Núm.5/2011, "No procederá la decisión sustitutoria cuando, dada la naturaleza y gravedad del delito, conduzca a eliminar los efectos coercitivos y disuasorios de la norma penal provocando la convicción en los ciudadanos extranjeros de que tienen una especie de licencia para la comisión de una primera acción delictiva, cuya pena quedaría sin ejecutar, generándoseles como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen".

42 Ratificado por España el 18 de Febrero de 1985, este Convenio es un instrumento de auxilio en la cooperación judicial penal al tener por objeto el traslado de extranjeros hacia su país de origen para el cumplimiento de una condena privativa de libertad.

crito con el país de origen que permitiera el cumplimiento de la condena en el país del que es nacional el extranjero-.

No podemos olvidar que el objeto del derecho penal es la protección de Bienes Jurídicos y de la necesidad de conseguir el efecto preventivo general y especial de las condenas, de manera que este carácter del Derecho Penal es incompatible a mi entender con el posible efecto de sometimiento de este Derecho a fines más relacionados con la política de extranjería y de administración penitenciaria.

Además, la medida de expulsión que aquí comentamos olvida también el fin reparador del sistema penal, así como los intereses de la víctima que a mi entender quedan en el olvido con esta regulación. A este respecto algunos autores prevén un efecto desmotivador incluso para la presentación de las denuncias si ya se conoce que la consecuencia penal será la expulsión del responsable. Hay autores que al respecto afirman mayor es el problema con la víctima del delito, el desprecio a ella es de tal magnitud, que no sólo se prescinde de la pena en aras de la consecución de fines absolutamente ajenos, sino que se renuncia a la posibilidad de que la víctima sea reparada de todos los efectos perniciosos del delito. La víctima ya no sólo es ajena al proceso penal, sino también de sus consecuencias. Indirectamente, también se incita a la víctima a renunciar a la posibilidad de denunciar el delito por razones de abandono, pues al tener conocimiento que sus pretensiones de reparación –civil y penal– no serán satisfechas, se generará un efecto de contramotivación que la disuadirá de denunciar los delitos que la afecten (Salinero, 2011:137). Por este motivo coincido cuando se apunta que el Derecho Penal es incompetente para la resolución de problemas de origen sistémico (Navarro, 2006:153) y es por lo que para el control de la inmigración abogo porque la expulsión debería ser utilizada dentro del ámbito del Derecho Administrativo sancionador, mientras que se siguen aplicando las debidas consecuencias penales ante el cumplimiento tan sólo de infracciones de ese orden penal. Y aunque incluso se permita que la pena sea cumplida en el país de procedencia del penado, según el Convenio que resulte de aplicación, también en ese caso considero que debería de garantizarse la conveniente reparación de la víctima.

Resumidamente, cualquier otra solución no deja de aportar un trato desigualitario ante los Tribunales que no encuentro justificado ni siquiera por razones de política

carcelaria, y también a la conculcación de las garantías que han de inspirar el Derecho Penal tanto para los procesados como para las víctimas, como más allá, para la sociedad en general y sus Bienes Jurídicos protegidos por ese Derecho.

Cuando se equipara como hemos visto la imputación penal a la expulsión a mi entender se está fomentando la visión de que el inmigrante ilegal, en cuanto individuo a controlar por el Derecho Penal, es criminal y sus hechos son crímenes (Rodríguez, 2004:845) y a la identificación de la delincuencia con el colectivo marginal y no a la de sujetos integrados socialmente (García, 1997:31).

Y es por lo que *lege ferenda* apuesto por un proceso penal igualitario en el trato a los imputados haciendo que esa equidad trascienda al cumplimiento de las condenas correspondientes y a la recuperación de la confianza en el efecto reintegrador de las penas, independientemente a la evolución también de los procesos administrativos correspondientes, siendo en este último ámbito donde considero que la medida de expulsión tendría que recuperar su total proyección. Esto es, conseguir recuperar la utilización de la expulsión como mera sanción contra la estancia ilegal en nuestro país y dejar la condena penal de privación de libertad y de otros derechos para el castigo del cumplimiento de hechos tipificados como delitos en nuestro Código Penal, así como a la par refortalecer y devolver su importancia al carácter resocializador y reintegrador que constitucionalmente tienen estas penas, ya entre los condenados nacionales, ya entre los extranjeros.

## Referencias

- Amarit, J.M. (2011). *Comentarios al Código Penal Español*. Pamplona: Aranzadi.
- Asúa, A. (2002). *La Expulsión del Extranjero como Alternativa a la Pena: Incongruencias de la Subordinación del Derecho Penal a las Políticas de Control de la Inmigración*. En *Inmigración y Derecho penal. Bases para un Debate*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Brandariz, J.A. (2007). *Política Criminal de la Exclusión. El Sistema Penal en Tiempos de Declive del Estado Social y de Crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares.
- Cancio, M. (2005). La Expulsión de Ciudadanos Extranjeros sin Residencia Legal. En *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. (pp.183-216) Madrid: Civitas.
- Ceres, J.F. (2005). Las Reformas Penales en la Fase de Ejecución de Sentencias Penales. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 3, 283-352.
- Cerezo, J. (1993). *Estudios sobre la Moderna Reforma Penal Española*. Madrid: Tecnos.
- Corcoy, M. y Mir Puig, S. (2011). *Comentarios al Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cugat, M. (2001). La Expulsión de Extranjeros. Política Migratoria y Funciones de Derecho Penal. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 6, 23-37.
- Fernández, J.G. (2006). La Criminalidad de los Inmigrantes. Aproximación Criminológica y Conciencia Social frente al Fenómeno. *Revista Gallega de Seguridad Pública*, 8, 145-186.
- Flores, F. (2002). *La Expulsión del Extranjero en el Código Penal Español, Inmigración y Derecho Penal. Bases para un Debate*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García, M. (1997). *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*. Pamplona: Aranzadi.
- Gracia, L. (1996). *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el nuevo Código Penal Español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Guisasola, C. (2010). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

- Izquierdo, F.J. (1997). Naturaleza Jurídica de la Sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal. *Revista Jurídica La Ley*, 4403, 5-20.
- Jiménez, E. (1994). Extranjeros en Prisión. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 7, 133-146.
- Luzón, D.M. (1996). *Curso Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Universitas.
- Manzanares, J.L. (1993). Perspectivas de Futuro: Arresto de Fin de Semana y Multa por Cuotas. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 9, 145-176.
- Martínez, M. (2009). Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar. En Indret, 3. Indret.com.
- Monclús, M. (2008). *La Gestión Penal de la Inmigración. El Recurso al Sistema Penal para el control de los Flujos Migratorios*. Barcelona: Del Puerto.
- Muñoz, 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. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2, 401-482.
- Muñoz, F. y García, M. (2007), *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Navarro, F. (2006). Expulsión “Penal” de Extranjeros: Una Simbiosis de Derecho Penal “Simbólico” y Derecho Penal del “Enemigo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 17, 153-182.
- Peiterado, P. (2000). *La Ejecución de las Condenas Privativas de Libertad*. Madrid: Edersa.
- Portilla, G. (2004). El Derecho Penal y Procesal del “enemigo”. Las Viejas y Nuevas Políticas de Seguridad frente a los Peligros Internos-Externos. En *Dogmática y Ley Penal. Libro-homenaje a Enrique Bacigalupo*, I. Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez, C. (2003). Los Extranjeros en Prisión. En F.de León (coord.), *Derecho y Prisiones Hoy* (pp.169-246). Cuenca: Universidad de Castilla la Mancha.
- Rodríguez, J.L. (1995). Las Expulsiones con Intervención Judicial en la Ley de Extranjería. *Cuadernos Jurídicos*, 28, 5-15.

- Rodríguez, M.J. (2004). El Sistema Penal ante el Reto de la Inmigración Clandestina. Funciones Instrumentales y Simbólicas. En F. Pérez (coord.), *Serta: In memoriam Alexandri Baratta* (pp. 845-870). Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Rodríguez, M.J. (2006). *La Expulsión del Extranjero en el Ordenamiento Jurídico Español. Una Valoración Crítica. En Inmigración y Sistema Penal. Retos y Desafíos para el Siglo XXI*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Sáez, R. (2005). Inmigración Clandestina, “Mafias” y Luchas contra los Pobres. Un Tipo Penal Indecente. *Revista Jueces para la Democracia*, 54, 12-19.
- Salinero, S. (2011). La Expulsión de Extranjeros en el Derecho Penal. Una realidad en España, una Posibilidad en Chile. *Política Criminal*, 11, 106-141.
- Sánchez, I. (1996). El Sistema de Penas. *La Ley*, 4012, 2-10.
- Serrano, M. (1996). *Especial Monográfico del Código Penal: Comentarios y Notas*. Madrid: Trivium.
- Souto, E.M. (2007). *Algunas Notas sobre la Función del Derecho Penal en el Control de los Flujos Migratorios: especial referencia a la medida de expulsión. En Derecho Penal de Excepción: terrorismo e inmigración*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Tamarit, J.M. (2011). *Comentarios al Código Penal Español*, Pamplona: Aranzadi.
- Terradillos, J.M. (2006). Inmigración, “mafias” y Sistema Penal. La Estructura y la Pátina. En L.R. Ruiz, *Sistema Penal y Exclusión de Extranjeros*. Madrid: Bormarzo.
- Thomas, G. (1994). La Intervención del Juez Penal en el Internamiento Preventivo del Extranjero. En Extranjeros. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 37, 73-98.