



DOCUMENTO ANALIZADO

CIRCULAR 7 /2015, SOBRE LA EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DE LA PENA DE PRISIÓN TRAS LA REFORMA OPERADA POR LO 1/2015

ÍNDICE: 1. Introducción 2. Ámbito subjetivo de la expulsión sustitutiva 3. Ámbito objetivo 3.1 Penas de prisión de hasta un año de duración 3.2 Penas de prisión de un año y un día de duración hasta cinco años 3.3 Penas de prisión de duración superior a cinco años, o penas de prisión que sumadas tengan una duración superior a cinco años 4. Excepciones a la aparente imperatividad de la medida 4.1 Excepción relativa o de orden político-criminal 4.2 Excepción absoluta: la necesidad de que la expulsión sea proporcionada 5. Restricciones derivadas del estatuto jurídico que ampara a ciertos extranjeros 5.1 Ciudadanos de la UE y asimilados 5.1.1 Régimen general 5.1.2 Régimen especial para ciudadanos de la UE residentes durante más de diez años 5.1.3 Improcedencia de aplicar la expulsión sustitutiva completa a ciudadanos de la Unión Europea 5.2 Otros extranjeros sometidos a régimen especial 5.2.1 Apátridas 5.2.2 Asilados y protegidos internacionalmente 5.2.3 Indocumentados y ciudadanos cuya nacionalidad u origen no pueden determinarse 6. Tiempo y forma de la resolución judicial 7. Definición del plazo de duración de la prohibición de regreso al territorio español 8. Reversibilidad de la decisión de expulsión 9. Aseguramiento cautelar de la ejecución 10. Imposibilidad de ejecución 11. Quebrantamiento de la prohibición de regreso 12. Sustitución judicial de las medidas de seguridad por la expulsión 13. Cláusula de vigencia 14. Conclusiones

1. Introducción

La expulsión de los ciudadanos extranjeros prevista en el art. 89 del Código Penal (CP), es una medida sustitutiva de la pena de prisión por la que se restringen los derechos a entrar, residir o transitar por territorio nacional para favorecer la realización de los fines de la política inmigratoria que corresponde al Gobierno (art. 2 bis LO 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* [LOEX]) así como la administración o gestión penitenciaria.

Indudablemente su implantación ha sido y es fuente de conflictos de variada naturaleza.

Si no se establecen determinados límites objetivos es evidente que puede crear situaciones de impunidad en detrimento del principio de prevención general.

Si no se delimita convenientemente el ámbito subjetivo de aplicación y se fijan las adecuadas limitaciones derivadas del principio de proporcionalidad, la expulsión sustitutiva -que de por sí constituye una excepción al

régimen general penal- puede provocar situaciones discriminatorias en la aplicación de la ley penal basadas exclusivamente en la nacionalidad del condenado. Es patente que no merecen el mismo tratamiento penal quien, viviendo -arraigo social y familiar- y trabajando -arraigo laboral- en España en las mismas condiciones que un español, ocasionalmente llega a cometer un delito, que el extranjero que ha venido a territorio nacional teniendo como único objetivo la comisión de un delito o vivir con desprecio de la legalidad vigente.

Su aplicación ciega o automática puede llegar a anular la previsión constitucional de que las penas y medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social (artículo 25.2 CE); y puede desconocer los derechos de las víctimas que, en demasiadas ocasiones, verán frustradas sus expectativas a ser indemnizadas.

Desde otra perspectiva no hay que olvidar que la medida de expulsión sustitutiva es en muchos casos de imposible ejecución debido a una multiplicidad de causas independientes de los presupuestos jurídicos que la regulan. En unos casos porque es imposible determinar la nacionalidad del afectado, en otros porque las autoridades consulares o diplomáticas del Estado de origen se niegan a documentar al penado o aceptar su retorno, otras veces la repatriación tiene un costo tan elevado que superaría con creces cualquier previsión presupuestaria, en otras porque la devolución a su país de origen puede poner en grave riesgo la integridad y la vida del repatriado, etc.

El artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*, fue la primera norma -tras la vigencia de la Constitución- que reguló la expulsión sustitutiva judicial. Posteriormente fue introducida en el artículo 89 por el Código Penal de 1995. Desde entonces este precepto ha sido reformado en cuatro ocasiones por las Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003, 5/2010 y 1/2015. Todas las modificaciones llevadas a cabo en el régimen jurídico de la expulsión sustitutiva penal han estado directamente condicionadas no tanto por la evolución de los flujos migratorios hacia España -de crecimiento exponencial a partir del segundo quinquenio de la década de los años 2000- como por el aumento significativo de la población extranjera recluida en los centros penitenciarios españoles (actualmente alcanza casi el treinta por ciento del total).

Precisamente la reforma de la LO 1/2015 parece que quiere incidir en este aspecto como lo acredita la imposición aparentemente imperativa -*ope legis*- de la expulsión sustitutiva de los extranjeros penados que alcanzaren el tercer grado penitenciario y/o les sea concedida la libertad condicional.

Sin embargo, a esta relevante novedad, se unen otras innovaciones de igual o superior importancia (en los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación, régimen de la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea, regulación de la proporcionalidad como principio general que impide aplicar la medida, efectos jurídicos del quebrantamiento de la medida etc.) hasta el punto de que un buen número de las directrices recogidas en la Circular 5/2011 han perdido vigencia y exigen la redacción de un nuevo documento normativo interno que unifique los criterios de los Fiscales.

A esta necesidad responde la presente Circular que -dado que recoge todas las conclusiones que no han sido alteradas por la LO 1/2015- siguiendo la línea marcada en 2011-, pretende erigirse, a modo de texto consolidado,

en el único texto vinculante para los miembros del Ministerio Fiscal sobre esta materia.

2. Ámbito subjetivo de la expulsión sustitutiva

La reforma penal de 2015 opta por extender sin aparente límite el ámbito subjetivo de la orden judicial de expulsión del art. 89 CP, pues a diferencia de la legislación derogada que limitaba la expulsión sustitutiva al “ciudadano extranjero no residente legalmente en España”, el precepto en su nuevo tenor dispone, en su apartado 1, que “las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español”.

La condición de extranjero realiza la vertiente subjetiva del supuesto de hecho de la norma con independencia de su situación administrativa, que pierde su carácter delimitador.

La medida de expulsión es susceptible de ser aplicada a partir de la reforma 1/2015 a un colectivo de personas que se acota sumariamente en la norma mediante el denominador común de no ser españoles, lo que atrae a su esfera situaciones y condiciones personales de casuística muy diversa, difícilmente reductibles a un tratamiento homogéneo. También se extiende la medida a los ciudadanos de la Unión Europea y de los Estados asimilados, aunque para ellos el precepto establece, por exigencias inherentes a la jerarquía de las fuentes del Derecho, un régimen especial respetuoso de las restricciones que a la expulsión imponen las exigencias de los Tratados constitutivos y del Derecho derivado de la Unión Europea.

No es ocioso, por ello, recordar algunos aspectos del régimen jurídico privado de adquisición y posesión de la nacionalidad española, en la medida en que son de utilidad para delimitar negativamente el ámbito de aplicación del art. 89 CP.

Son españoles, a estos efectos, los que tengan la nacionalidad española de origen (art. 17.1 Código Civil, en adelante CC), los que la hayan obtenido por opción cuando la determinación de la filiación o el nacimiento en España se hayan producido después de los dieciocho años de edad (art. 17.2 CC), por consolidación (art. 18 CC), por adopción (art. 19 CC), por opción (art. 20 CC), por carta de naturaleza (art. 21 CC) y por concesión por residencia (art. 22 CC) siempre que no la hayan perdido (arts. 24 y 25 CC) o, que perdida, la hubieren recuperado (art. 26 CC).

Son españoles los nacionales de origen de países iberoamericanos -incluido Puerto Rico-, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal y los sefardíes que, con domicilio habitual en España, disfruten de doble nacionalidad de conformidad con los arts. 22 y 23 CC.

Por otra parte, no serán expulsadas las personas que se presumen españolas, esto es, las nacidas en territorio español de padres también nacidos en España hasta tanto no conste la extranjería de los padres, según el art. 69.1 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, *del Registro Civil* (en adelante LRC), pues “las declaraciones con valor de simple presunción tienen la consideración de una presunción legal *iuris tantum*” (art. 93.1 LRC).

Para acreditar la nacionalidad española será suficiente con la presentación del Documento Nacional de Identidad en vigor, toda vez que es un documento público y oficial expedido a los ciudadanos españoles con “suficiente

valor por sí solo para la acreditación de la identidad y los datos personales de su titular” (art. 8 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de *protección de la seguridad ciudadana*; igual eficacia, en la esfera del proceso penal, le concede el art. 762, 7ª LECrim).

En su defecto son válidos otros medios de prueba, como se contempla en los arts. 373 y ss. LECrim, singularmente el recurso a la publicidad del Registro Civil, pues como establece el art. 17 LRC:

“1. La inscripción en el Registro Civil constituye prueba plena de los hechos inscritos.

2. Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuera posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba.

En el primer caso, será requisito indispensable para su admisión la acreditación de que previa o simultáneamente se ha instado la inscripción omitida o la reconstrucción del asiento, y no su mera solicitud”.

3. Ámbito objetivo

Conforme al art. 89.9 CP quedan excluidas de la expulsión judicial las condenas por delitos tipificados en los arts.177 bis -trata de seres humanos-, 312 -contra los derechos de los trabajadores-, 313 -emigración fraudulenta- y 318 bis -contra los derechos de los ciudadanos extranjeros-. Es una prohibición legal que no admite excepciones y que proyecta su eficacia sobre los delitos conexos enjuiciados en la misma causa.

En función de la naturaleza de la pena, quedan excluidas las que no sean privativas de libertad, y aquellas privativas de libertad distintas de la prisión -localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria-, pues el precepto ya no se refiere al género “penas privativas de libertad”, según el tenor anterior a la reforma 1/2015, sino exclusivamente a la pena de prisión.

La norma discrimina supuestos en función de la duración concreta de la pena impuesta en sentencia y jerarquiza tres tramos: hasta un año de prisión, más de un año hasta cinco, y más de cinco años: en el primero no es posible la expulsión, en los otros dos sí, total o parcial en ambos casos, aunque con un régimen diferenciado.

3.1 Penas de prisión de hasta un año de duración

La reforma 1/2015 prohíbe sustituir las penas de prisión cuya duración no exceda el término de un año, lo que constituye, pese a la sencillez aparente de la formulación legal, una de las novedades de mayor impacto práctico. En efecto, el art. 89.1 CP, en su inciso primero, ya citado, dice con inequívoca concisión que serán sustituidas “las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero”.

El Preámbulo de la Ley (IV) justifica esta restricción en la regulación administrativa: “se ajusta el límite de la pena a partir de la cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería”. En este sentido, el art. 57.2 LOEX tipifica, como causa de expulsión administrativa y 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”. Este precepto, no obstante, alude a la pena

abstractamente imponible al delito cometido y no a la efectivamente impuesta en sentencia, que puede ser igual o inferior a un año.

La exclusión de las penas de prisión de duración no superior a un año obliga a revisar la práctica consolidada bajo la vigencia del régimen jurídico anterior y la doctrina de la FGE emanada de su aplicación, que facilitaba la renuncia al *ius puniendi* en las condenas de menor intensidad.

Se ha de tener en cuenta, además, que aunque la pena señalada para el delito fuera superior al límite del año, no cabría la expulsión cuando, ya por la concurrencia de eximentes, semieximentes, circunstancias modificativas, grados de ejecución o de participación, ya por la utilización del arbitrio judicial autorizado por las reglas penológicas, se impusiera una pena inferior a aquél límite.

En este nuevo contexto, es obligado preguntarse si en el caso de que se impongan dos o más penas de prisión en una misma sentencia, el art. 89.1 CP obliga a considerarlas por separado de modo que no sea dable sumarlas para estimar cumplido el límite mínimo de duración.

La prohibición de sumar tiempos parece ser la solución más acorde al sentido de la Ley, tanto desde una interpretación literal como sistemática del precepto. Literal, porque el empleo del plural en el inciso “las penas de prisión de más de un año” apunta a que el cumplimiento del requisito temporal se exige de todas y cada una de ellas, como es común en nuestro ordenamiento penal (STS nº 1400/2005, de 23 de noviembre); sistemática, porque cuando el art. 89.2 CP habilita la suma de penas como criterio delimitador de su propio supuesto de aplicación lo hace mediante un enunciado expreso e inequívoco: “cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración”; como sucede, igualmente, en sede de suspensión condicional, con la regla 2ª del art. 80.2 CP.

La concurrencia de una pena de prisión de más de un año de duración con otra u otras de duración igual o inferior suscita una duda razonable. No parece asumible que en la misma sentencia se sustituyan unas penas y no otras, pues no es lógico que la renuncia al ejercicio del *ius puniendi* afecte solo a las penas de más entidad. Comoquiera que la ley parece proclive a facilitar la expulsión de quien ha sido condenado a una pena de más de un año de prisión, la concurrencia de otras penas de menor extensión no debe ser tomada como impedimento para la aplicación de la sustitución, que para ser efectiva habrá de abarcar a todas las penas de prisión impuestas en la sentencia.

En resumidas cuentas, si ninguna de las penas de prisión impuestas en una misma causa a un ciudadano extranjero excede el año de duración, la sustitución por expulsión no será admisible, aunque sumadas todas ellas superen el límite exigido; si, en cambio, una o varias de las penas de prisión tienen una duración superior a un año y otra u otras no, no habrá inconveniente en que se acuerde y ejecute la expulsión judicial en sustitución de todas ellas.

Será igualmente posible acordar la expulsión cuando concurre la pena de prisión de más de un año con otras penas de distinta naturaleza.

Si concurren procedimientos penales en tramitación contra el mismo ciudadano extranjero cuya pena de prisión ha sido sustituida, es posible autorizar la expulsión, al amparo del art. 57.7 LOEX, por los juzgados que estén tramitando las causas no finalizadas por sentencia, si concurren los requisitos necesarios. Para ello es preciso lograr una adecuada coordinación de las distintas Fiscalías, a través de sus respectivos servicios de extranjería, para dar una respuesta global, armónica y coherente a estos supuestos.

3.2 Penas de prisión de un año y un día de duración hasta cinco años

En estos casos, según el art. 89.1 CP, la sustitución de la pena por expulsión será como regla general completa, si bien excepcionalmente el juez o tribunal podrá acordar el cumplimiento de la prisión “cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”, de modo que la pena se cumplirá en la parte que determine el órgano judicial, que no podrá ser superior a los dos tercios de su extensión total, cumplida la cual se producirá la expulsión del penado del territorio nacional en sustitución del resto de la pena. La sustitución también se hará efectiva “cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional”, si ello adviene durante el cumplimiento de la parte de pena determinada por el juez o tribunal en su resolución.

3.3 Penas de prisión de duración superior a cinco años, o penas de prisión que sumadas tengan una duración superior a cinco años

El juez o tribunal sentenciador “acordará la ejecución en 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”. La norma otorga una amplia discrecionalidad judicial en la determinación de la parte de pena a cumplir, pues no fija un periodo mínimo de tiempo de permanencia en prisión. Igual que en el caso anterior, la sustitución se hará igualmente efectiva cuando el penado acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

4. Excepciones a la aparente imperatividad de la medida

La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en ningún caso debe operar de forma automática, ni siquiera en aquellos supuestos en que el tenor de la norma parece sugerir la existencia de modalidades de expulsión “por ministerio de la ley”, como ocurre cuando el ciudadano extranjero que alcanza en prisión el tercer grado de clasificación penitenciaria o la libertad condicional, situación prevista tanto en el apartado 1 como en el 2 del art. 89 CP.

El principio general inherente a la norma es manifiestamente favorable a que las penas de prisión de más de un año de duración se sustituyan por expulsión, bien en toda su extensión, bien en una parte de la misma, pero en ningún caso la Ley impone un ciego automatismo o el deliberado olvido de las particulares circunstancias del delito y del autor.

De una interpretación sistemática de las previsiones del art. 89 CP cabe inferir la existencia de dos excepciones al régimen imperativo de expulsión judicial del extranjero condenado: la primera, que denominaremos relativa

porque no erradica por completo la posibilidad de expulsión, buscará proteger los intereses generales de la sociedad, en forma de necesaria afirmación del ordenamiento jurídico conculcado, mediante la exigencia del cumplimiento de una parte significativa de la misma; la segunda, que calificaremos de absoluta porque excluye toda posibilidad de expulsión, incluso como sustitutivo parcial, trata de precaver cualquier extrañamiento del territorio nacional que resulte objetiva o subjetivamente desproporcionado.

4.1 Excepción relativa o de orden político-criminal

El régimen general favorable a la expulsión sustitutiva queda exceptuado cuando su aplicación resulta, por las circunstancias particulares concurrentes en el caso, inconciliable con el logro de los fines de la pena, a cuyo efecto el art. 89 CP, en sus apartados 1 y 2, enuncia dos criterios, íntimamente conectados y de inequívoca significación político criminal, que deben ser valorados por el juez o tribunal sentenciador antes de resolver sobre el destino del penado:

a).- La “necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico”, esto es, impedir que se produzca el desarme del Derecho Penal mediante la devaluación de los mecanismos de defensa del mismo, entre los que se encuentra, evidentemente, la pena.

Ello quiere decir –y en este punto abunda la jurisprudencia en precedentes- que la decisión judicial no debe ignorar los intereses públicos relativos a la política criminal expresada por la Ley, la naturaleza del hecho delictivo, su gravedad y la realización de los fines de prevención general y especial, por lo que la expulsión no puede ser automáticamente aplicada (SSTS nº 1162/2005, de 11 de octubre; 1249/2004 de 28 de octubre; 901/2004, de 8 de julio; 636/2005, de 17 de mayo; 1546/2004, de 21 de diciembre; 1189/2005, de 24 de octubre; 366/2006, de 30 de marzo; 842/2010, de 30 de septiembre).

b).- La necesidad de “restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”, es decir, evitar la sensación de impunidad que podría instalarse en el conjunto de la sociedad si la expulsión se convierte en una suerte de burladero de la Ley penal. Tal situación de impunidad no sólo anularía la eficacia preventiva y disuasoria de la pena -perspectiva de la prevención general negativa-, sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una inadmisibles sensación de desamparo y de pérdida de confianza en la Ley como medio eficaz para combatir conductas delictivas consideradas socialmente como graves -perspectiva de la prevención general positiva- (SSTS nº 1189/2005, de 24 de octubre; 245/2011, de 21 de marzo; 28/2012, de 25 de enero).

La expulsión judicial será, en principio, asumible, salvo circunstancias especiales, cuando la pena de prisión impuesta sea susceptible virtualmente de beneficiarse de la suspensión condicional por cumplir los requisitos del art. 80 CP, que se refieren a penas de duración limitada impuestas a sujetos no peligrosos.

Las condenas de prisión de duración superior a dos años -pena o suma de penas impuestas en la misma sentencia- y no superiores a cinco años serán susceptibles de expulsión sustitutiva cuando sancionen conductas que no presenten por su gravedad intrínseca o por la forma en que han sido ejecutadas rasgos que hagan especialmente necesario el cumplimiento de la pena.

Aunque es obligada la valoración singularizada de cada supuesto, se debe rechazar la sustitución completa de la pena, al menos, en estos casos:

a).- Delitos que llevan en su ejecución o resultado el uso de una violencia o intimidación de especial intensidad: se trataría, en particular, de los delitos de robo con violencia o robo con intimidación en cuya comisión se hayan empleado armas o instrumentos peligrosos, y las lesiones cualificadas de los arts. 148 a 150 CP.

b).- Delitos que entrañen vejación, degradación, o ensañamiento sobre la víctima.

c).- Delitos que hayan expuesto a la víctima a un peligro concreto y grave para su vida o integridad física o psíquica; se tomarán igualmente en consideración las necesidades de protección que presente la víctima.

d).- Delitos que afectan a bienes jurídicos personales especialmente valiosos, como la inviolabilidad del domicilio cuando forma parte de cualquier modalidad de robo en casa habitada, la libertad personal o la libertad e indemnidad sexuales.

e).- Delitos que ven intensificada su culpabilidad por recaer sobre víctima desamparada por razones de edad (menores y ancianos), discapacidad y situación concreta de vulnerabilidad.

f).- Delitos cualificados en su peligrosidad por el hecho de ser cometidos por medio de o en el seno de una organización o grupo criminal, especialmente cuando presenten conexiones transnacionales.

g).- Delitos que teniendo asignada en la correspondiente figura penal una pena base mínima de prisión superior a cinco años hayan sido castigados con pena igual o inferior a dicha extensión en virtud de las reglas de aplicación de las penas establecidas en los arts. 61 y ss. CP.

h).- Delitos contra la salud pública que excedan el mero menudeo de pequeñas cantidades de sustancia ilícita. En este punto procede seguir el criterio consagrado por la Sala 2ª del TS que, de forma sistemática, y exceptuados los casos de venta al por menor o de relevancia menor, ha señalado la improcedencia de la expulsión sustitutiva de la pena en su integridad atendida la inequívoca gravedad de la conducta y el estímulo que representaría la sustitución para la proliferación de tales actividades (SSTS nº 172/2006, de 17 de febrero y 853/2010, de 15 de octubre, entre otras).

Cuando la pena o penas de prisión impuestas en sentencia exceden de cinco años de duración, supuesto del art. 89.2 CP, la excepción relativa o de política criminal demanda otra lectura, pues el supuesto ya atiende a delitos de singular gravedad en los que la pena habrá de cumplirse, en todo o en parte, quedando la discrecionalidad judicial limitada a la determinación de la porción mínima de cumplimiento que se estima necesaria para expresar el reproche que merece el delito o delitos cometidos, antes de proceder a la expulsión del extranjero.

La excepción de política criminal lleva a exigir el cumplimiento total de la pena y se aplicará, por lo tanto, a supuestos especialmente cualificados. Tales son: la delincuencia organizada (especialmente cuando cuenta con conexiones transnacionales), actos que afecten seriamente a la seguridad exterior o interior del Estado o al

funcionamiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad, así como los ataques más graves a bienes jurídicos personales susceptibles de generar un grave sentimiento de inseguridad en la sociedad (entre los cuales hemos de incluir todo delito que lleve aparejada la nueva pena de prisión permanente revisable).

Debemos recordar que la pena también se sustituye por expulsión cuando el penado acceda al tercer grado de clasificación o a la libertad condicional (inciso final del art. 89.2 CP). Esta posibilidad sólo desaparece cuando la expulsión del territorio nacional sea manifiestamente desproporcionada en atención a las circunstancias personales del reo, como se indicará en el siguiente apartado.

Debemos descartar la posibilidad de que el extranjero a quien no se expulsa por la necesidad de afirmar el ordenamiento jurídico pueda eludir el ingreso en prisión acogiéndose a la suspensión condicional de la pena en los términos de los arts. 80 y ss. CP. La razón de ello no radica tanto en el hecho de que el art. 89 CP lo prohíba expresamente -aunque tal prohibición existía en el texto anterior a la reforma operada por la LO 5/2010- como porque el fundamento de la denegación de la sustitución de la pena por expulsión -la gravedad del hecho, las exigencias de prevención general- obliga a solicitar el cumplimiento de la condena impuesta por falta de presupuestos para la suspensión. Una solución distinta resultaría incongruente.

4.2 Excepción absoluta: la necesidad de que la expulsión sea proporcionada

Dice el art. 89.4 CP, en su primer párrafo, que “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”, lo que resulta congruente con la afirmación del Preámbulo de la LO 1/2015 de que “la sustitución se condiciona, en todos los casos, a la proporcionalidad de la medida”.

La proporcionalidad exige valorar el impacto que el cumplimiento de la medida tendría en la vida privada y familiar del extranjero, así como la gravedad del hecho por el que ha sido condenado. Esta excepción excluye tanto la sustitución total como parcial de la pena de prisión: a ello obedece que el Preámbulo diga que en los términos de la sustitución penal la proporcionalidad opera “en todos los casos”. El arraigo personal del extranjero, además, compromete derechos del más alto rango, como el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE y el derecho a la vida privada y familiar en la formulación del art. 8 CEDH, de los que no puede ser privado sin una sólida justificación.

Dice el art. 8 CEDH:

“1.- Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2.- No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Con mayor motivo, será desproporcionada y no se aplicará la expulsión en aquellos casos en que la repatriación del penado comprometa su vida o integridad por las circunstancias del propio penado y de su país de origen (SSTS nº 791/2010, de 28 de septiembre y 853/2010, de 15 de octubre).

La correcta intelección de la excepción de proporcionalidad se facilita al incorporar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) que extrae del art. 8 CEDH una rica y variada casuística en la que se fijan los límites de la expulsión gubernativa o judicial. De dicha doctrina podemos inferir algunas líneas maestras que los Sres. Fiscales deberán atender en el manejo de la expulsión como sustitutivo de la prisión, como son:

a).- El tiempo de residencia en suelo español del penado: a mayor tiempo, mayor arraigo cabrá esperar en razón de los vínculos sociales, laborales y familiares que habrá establecido. El arraigo será la norma en los residentes legales, pues la concesión de las autorizaciones administrativas se condiciona normalmente a la existencia de un contrato de trabajo, o de fuentes de ingresos suficientes para garantizar su autonomía económica, que generan un círculo virtuoso de integración activa en el tejido social del país de acogida que la condena penal sólo debe romper si la naturaleza y circunstancias del delito lo hacen estrictamente imprescindible para salvaguarda la seguridad y el orden interior.

No obstante, comoquiera que es posible que un residente legal no haya llegado a establecer vínculos efectivos con el país de acogida, no es posible establecer una presunción general de arraigo, por lo que habrán de ser examinados caso a caso.

b).- El tipo de migrante: hay situaciones de asentamiento prolongado que convierten al inmigrante en un ciudadano efectivo del país:

Inmigrantes de segunda generación: son los hijos de inmigrantes que han nacido y vivido toda su vida en España manteniendo la nacionalidad de sus progenitores; es posible que no conserven relación alguna con el país de origen, no sepan desenvolverse con fluidez en el idioma de sus progenitores y hayan desarrollado todas sus relaciones sociales, culturales y afectivas, incluido el matrimonio, en nuestro país. En estas circunstancias –al margen de su nacionalidad formal- es lo cierto que materialmente nos hallamos ante verdaderos ciudadanos del país de acogida, y extranjeros en su país de origen.

Inmigrantes llegados en la infancia o durante su juventud que durante la mayor parte de su existencia hubieran permanecido en España, donde han sido escolarizados y, en general, establecido sus lazos familiares y sociales. En ellos concurren circunstancias similares a los anteriores no conservando con su país natal nada más que el simple lazo de la nacionalidad.

c) El estado de salud: la expulsión no debe implicar nunca un riesgo añadido en este aspecto. Será desproporcionada, pues, la expulsión del extranjero que se encuentre en un estado físico o psíquico de tal entidad que la aplicación de la medida le deje en situación de grave vulnerabilidad o agrave su situación (STEDH

13 de julio de 1995, Nasri contra Francia).

d) La situación familiar: no es proporcionada –salvo que concurren circunstancias muy poderosas- la expulsión de un extranjero que tenga establecida su familia en España si sus miembros guardan relaciones estables de convivencia o dependencia. Para el TEDH “excluir a una persona de un país donde viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el respeto al derecho de la vida privada y familiar, protegida por el artículo 8.1 de la Convención” (STEDH 11 de octubre de 2011, Emre contra Suiza).

Debe tratarse, en todo caso, de relaciones con parientes próximos: cónyuge o pareja de hecho, hijos, padres o hermanos (STEDH 17 de febrero de 2009, Onur contra el Reino Unido), sin descartar otros parientes en situación de dependencia material del penado (art. 3.2 Directiva 2004/38/CE).

Deben ser relaciones genuinas, que entrañen convivencia o asistencia material, para cuya acreditación no basta la alegación de un vínculo formal (SSTEDH 30 de noviembre de 1999, Baghli contra Francia; 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca; 13 de febrero de 2001, Ezzouhdi contra Francia; 17 de abril de 2003, Yilmaz contra Alemania; y 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia).

Debe haber una relación de convivencia real y estable, no basta alegar la existencia de una relación de parentesco. No se encuentra en esta situación quien es *soltero, no tiene hijos, y no ha demostrado mantener relaciones estrechas ni con sus padres ni con sus hermanos y hermanas que habitaban en el país de acogida* (STEDH de 30 de noviembre de 1999, Baghli contra Francia).

No basta con demostrar la existencia formal del matrimonio, es preciso que se acrediten otros factores que pongan en evidencia la efectividad de la vida en familia de la pareja (STEDH de 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca); no es suficiente probar que se tienen hijos residentes en el país receptor, es preciso que haya constancia de una efectividad de relaciones paterno filiales (SSTEDH de 7 de noviembre de 2000, Kwattie-Nti y Dufie contra Países Bajos; de 13 de febrero de 2001, Ezzouhdi contra Francia; de 17 de abril de 2003, Yilmaz contra Alemania; de 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia).

Es preciso considerar no sólo la situación familiar del penado en el momento en que se dicta sentencia, sino también en el momento en que se ejecuta la decisión de expulsión, si entre ambos ha transcurrido un periodo de tiempo relevante. Así lo entendió el TEDH en un caso en que la ejecución de la medida se demoró cuatro años debido a la tardanza en resolver por la autoridad competente el recurso interpuesto contra su expulsión por el afectado, “por no ser admisible echar la culpa al demandante de haber recurrido la resolución de expulsión (...) ni reprocharle ni imputarle la duración del procedimiento del recurso contra tal resolución” (STEDH de 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia).

e) El impacto de la medida en los miembros del núcleo familiar del penado: deben valorarse, igualmente, los efectos negativos que la expulsión produciría como consecuencia de la separación de los componentes del grupo familiar. En concreto, la imposibilidad o dificultad de acompañamiento. Si los familiares íntimos del

extranjero se ven precisados a seguirle en su extrañamiento también ellos sufren la expulsión (STEDH 10 de abril de 2003, caso Mehemi contra Francia); y si no pueden seguirle, se verán imposibilitados para ejercer de forma efectiva el derecho a la vida privada y familiar que les reconoce el artículo 8.1 CEDH. Por ello, aunque las dificultades de los cónyuges e hijos para acompañar al expulsado por sí mismas no son motivo suficiente para excluir la expulsión (STEDH 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca), deben ser necesariamente incorporadas al juicio de proporcionalidad (STEDH 2 de agosto de 2001, Boulouf contra Suiza), sobre todo cuando la separación es inevitable al no existir la posibilidad de instalarse juntos en un tercer país (SSTEDH 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca y 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia).

También se valora la relación dependencia. Para poder reconocer la existencia de arraigo familiar no es suficiente con probar la permanencia en el Estado de acogida de familiares más próximos, es preciso acreditar la existencia de relaciones reales y efectivas de vida familiar, incluso de mutua dependencia.

Para valorar el grado de dependencia es necesario tener en cuenta la edad de los hijos (STEDH de 2 de febrero de 2001, Boulouf contra Suiza) y las condiciones adicionales de dependencia. Cuanto de menor edad sean los hijos, más necesitados estarán de asistencia familiar.

Del mismo modo, la relación de dependencia se acentuará en caso de que el expulsado adolezca de un precario estado de salud (STEDH de 12 de enero de 2010, Khan contra el Reino Unido) o padezca de deficiencias físicas o psíquicas que solo pudieran ser atemperadas por la atención y cuidados de sus más allegados, o cuando la familia fuera el lugar idóneo donde encontrar un mínimo de equilibrio psicológico y social (STEDH de 13 de julio de 1995, Nasri contra Francia).

f) Vinculación del afectado con el país de donde procede. Por fin, otro de los factores delimitadores del arraigo familiar en el país de acogida lo constituye la intensidad de los vínculos del afectado con su nación de origen. En efecto, el arraigo familiar no solo exige el dato positivo de que el núcleo familiar más próximo permanezca en el Estado de acogida, sino también el negativo de carecer de lazos sociales, culturales o familiares con su país de origen (SSTEDH 18 de febrero de 1991, Moustakin contra Bélgica; de 26 de septiembre de 1997, Mehemi contra Francia; de 17 de abril 2003, Yilmaz contra Alemania; de 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia; de 12 de enero de 2010, Khan contra el Reino Unido).

Al margen de las circunstancias del hecho y la existencia de arraigo hay que tomar en consideración otras circunstancias personales que pueden afectar al juicio de proporcionalidad. En concreto hay que valorar el riesgo actual de que el extranjero sometido a expulsión pueda quebrantar el orden o seguridad pública. Para ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora el comportamiento observado desde la comisión del delito hasta su expulsión (STEDH de 11 de julio de 2002 Amrollahi contra Dinamarca), el tiempo transcurrido desde el último delito cometido y la decisión de la expulsión (STEDH de 18 de febrero de 1991, Moustakin contra Bélgica), o desde su excarcelación si cumplió pena privativa de libertad, pues el transcurso de un significativo periodo de buena conducta con posterioridad a la comisión del delito necesariamente tiene un impacto en el riesgo que el recurrente supone para la sociedad (STEDH de 12 de enero de 2010, Khan contra el Reino Unido).

No se puede cerrar el análisis de la proporcionalidad sin recordar que el art. 89.4, 1 CP también alude a las

circunstancias del hecho como elemento integrante del juicio de ponderación, por lo que la gravedad intrínseca del delito y la relevancia de los bienes jurídicos afectados tendrán igualmente un peso específico en la decisión; por ello, cuando el delito afecte de modo grave a la seguridad interior o exterior del Estado, y genere un sentimiento de inseguridad y zozobra en la población, pudiera no ser desproporcionada la expulsión sustitutiva del ciudadano extranjero aunque hubiera acreditado una situación de arraigo personal.

En los casos en que el arraigo personal haya sido el fundamento de la inaplicación de la expulsión sustitutiva, será posible valorar la pertinencia de la suspensión condicional de la pena en cualquiera de las modalidades previstas en los arts. 80 y ss. CP. La razón de ello radica en que la expulsión no se descarta por exigencias de prevención general o de afirmación del ordenamiento jurídico, sino para evitar la lesión de los derechos del condenado a la vida privada y familiar. La ejecución penitenciaria de la pena no constituye, por tanto, una alternativa obligada, sino que habrá de estarse a la gravedad del hecho. De este modo, rige el principio de igualdad de tratamiento del extranjero respecto de los penados de nacionalidad española, quedando expedito su acceso a las alternativas al cumplimiento de la prisión previstas en nuestro CP, si cumple los requisitos necesarios para ello.

5. Restricciones derivadas del estatuto jurídico que ampara a ciertos extranjeros

5.1 Ciudadanos de la UE y asimilados

5.1.1 Régimen general

El art. 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) confiere a todo ciudadano de la UE “un derecho primario e individual de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”.

Es un derecho originario, no absoluto, de configuración legal, sometido a las limitaciones previstas en la Directiva 2004/38/CE, que en España transpone el 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*.

En concreto, las restricciones al derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos fueron reguladas en el Capítulo VI (arts. 15 y siguientes). En este sistema, las resoluciones que acuerdan la expulsión del ciudadano comunitario –que, además no es considerada una sanción administrativa en sentido propio, según la dicción del art. 129.1 y 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, *de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (STSJ Castilla y León nº 1024/2015, de 29 de mayo)- están sometidas al derecho administrativo y al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

Los ciudadanos de la UE, en concordancia con el régimen comunitario, reciben un tratamiento específico en el párrafo segundo del art. 89.4 CP, que dice que *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*.

Cuando el Legislador se refiere a “ciudadano de la Unión Europea”, alude a todo aquel a quien le es aplicable el régimen de la Unión Europea, lo que comprende a los nacionales de Estados asimilados y a los nacionales de terceros Estados que sean miembros de la familia de un ciudadano de la UE.

Al día de hoy, son ciudadanos de la UE los nacionales de Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, Finlandia,

Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Rumania y Suecia.

Tienen el mismo régimen jurídico los nacionales de los estados firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo hecho en Bruselas el 17 de marzo de 1993, esto es, Noruega, Islandia y Liechtenstein. También se aplica a los ciudadanos suizos en virtud del Acuerdo suscrito el 21 de junio de 1999 entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza.

Los arts. 21 y siguientes de la Directiva 2004/38/CE extienden el ámbito de aplicación del régimen comunitario de la expulsión a los nacionales de terceros países que sean miembros de la familia del ciudadano de la Unión Europea *que le acompañen o se reúnan con él* (art. 3).

Tomando en consideración lo previsto en los arts. 2 y 3 de la Directiva 2004/38/CE, la jurisprudencia del TJUE y las orientaciones de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo [COM (2009) 313, final] habrán que seguirse las siguientes reglas exegéticas:

Primero, sólo son beneficiarios del régimen comunitario los miembros de la familia que acompañen o se reúnan con cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a un Estado *diferente del que es nacional* (STJUE 15/11/2011, Asunto C-256/11). Por ello, los miembros de la familia de un ciudadano español que siempre ha residido en España están excluidos del régimen comunitario previsto en el artículo 89 CP. Su relación con el ciudadano español deberá ser valorada en el ámbito del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, cuando el ciudadano español ha residido en otro Estado comunitario donde ha formado su familia y vuelve a España a residir, sus familiares están comprendidos en el ámbito de aplicación del derecho comunitario (SSTJUE Asunto C-370/90 Singh, Asunto C-291/05 Eind, Asunto C-60/00 Carpenter).

Segundo, están comprendidos los cónyuges que han contraído matrimonio válido y las parejas unidas por una relación estable o duradera de afectividad cuando la relación y su estabilidad hayan sido acreditadas por cualquier medio de prueba. No son válidos por ser contrarios al orden público español los matrimonios polígamos (STEDH de 6 de enero de 1992, Alilouch El Abasse contra Países Bajos), los fraudulentos y los matrimonios forzados.

Tercero, están comprendidos: a) los ascendientes que se encuentren a cargo del ciudadano comunitario o de su cónyuge; b) los descendientes menores de veintiún años; c) los descendientes mayores de esa edad que se encuentren a cargo del ciudadano comunitario o de su cónyuge; d) los hijos adoptivos y los sometidos a tutela de un ciudadano comunitario; y, e) otros miembros de la familia sin limitación de grado o línea que estén a cargo

o vivan con el ciudadano de la Unión o, en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.

Cuarto, un miembro de la familia es dependiente o se halla a cargo del ciudadano de la Unión o de su pareja, cuando de hecho recibe el sostén material de su familiar (Asunto C-316/85 Lebon). La dependencia debe ser material (mantenimiento), debiendo descartarse la dependencia emocional (Asunto C-200/02 Zhu y Chen).

Se trata de una situación de hecho que nada tiene que ver con el derecho a recibir o no alimentos según la legislación civil (Asunto C-1/2005 Jia).

La dependencia será valorada caso a caso, debiéndose probar si, habida cuenta de sus circunstancias personales, los medios económicos de los miembros de la familia les permiten vivir al nivel mínimo de subsistencia en su país de residencia

habitual (Asunto C-1/05 Jia). Cualquier medio de prueba sobre la dependencia es admisible (Asuntos C-215/03 Oulane y C-1/05 Jia).

Recientemente, el RD 987/2015, de 30 de octubre, ha modificado el RD 240/2007, para introducir un art. 2 bis que incorpora el concepto de familia extensa previsto en el art. 3.2 de la Directiva 2004/38/CE en virtud del cual se podrá solicitar la aplicación de las disposiciones de este Real Decreto a los miembros de la familia de un ciudadano de la UE o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que, no estando comprendido en los supuestos del art. 2, se encuentren en alguna de las siguientes circunstancias:

1º.- Que en el país de procedencia esté a su cargo o vivan con él.

2º.- Que por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.

También se incluye la pareja de hecho con la que mantenga una relación estable, debidamente probada.

Los ciudadanos de la UE y asimilados sólo pueden sufrir la medida judicial de expulsión sustitutiva del art. 89 CP si representan una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública de nuestro país. Una amenaza de menor intensidad quedaría extramuros del ámbito de aplicación del art. 89.4, 2 CP, sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse en el plano administrativo de la aplicación de los arts. 15 y ss. del RD 240/2007, de 16 de febrero (Capítulo VI, "limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud pública").

En síntesis, podría condensarse el sistema de la siguiente manera:

Primero: la expulsión sólo puede adoptarse por razones de orden público o seguridad pública (artículo 28 Directiva). Estarían excluidas las razones de salud pública que podrían ser tomadas en consideración para restringir el derecho de libre circulación pero no el de residencia.

La seguridad pública es un concepto jurídico indeterminado que abarca tanto la seguridad interior como la exterior del Estado. Según la doctrina del TJUE el concepto de *seguridad pública* comprende:

La seguridad interior y la seguridad exterior del Estado (Asuntos C-273/97 Sirdar, C-423/98 Albore, C-285/98 Kreil, C-186/01 Dory, Asunto C-145/09, Asunto C-348/09).

La STJUE 4/6/2013 (Asunto C-300/11) expresamente considera atentatorio de la seguridad pública la pertenencia a grupos terroristas.

El tráfico de estupefacientes mediante banda organizada en la medida que como declara la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, *relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas*, representa una amenaza para la salud, la seguridad y la calidad de la vida de los ciudadanos de la Unión, así como para la economía legal, la estabilidad y la seguridad de los Estados miembros (STJUE 23/11/2010, Asunto C-145/09).

Los abusos sexuales y explotación de menores constituyen un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, capaz de representar una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población siempre que la forma de comisión de tales infracciones presente características especialmente graves (STJUE 22/5/2012, Asunto C-348/09).

El concepto de orden público, por su parte, comprende cualquier alteración del orden social que implique necesariamente la infracción de una ley que constituya “una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad” (STJUE [Sala 4ª] de 17 de noviembre de 2011, [Asunto C-430/10]).

Segundo: La amenaza debe ser actual, es decir, presente en el momento en que se toma la decisión de aplicarle la medida de expulsión y subsistente en el momento de su cumplimiento (art. 27.2 Directiva 2004/38/CE).

La expulsión, por lo tanto, no podrá fundarse solamente en consideraciones de defensa del orden público o de la seguridad ciudadana, sino en la *conducta personal del interesado* acreditativa de que constituye esa *amenaza real, actual y suficientemente grave* que afecte a un interés fundamental de la sociedad (Asuntos C-33/07 Jipa, C-503/03 Comisión contra España, Asunto C-145/2009, Asunto C-340/2010).

Se trata de criterios acumulados que deben ser valorados conjuntamente. Significadamente, habrá que tener en cuenta que:

Debe basarse en un examen individual de cada caso concreto (Asunto C-145/2010).

Está vedada la adopción de la expulsión por razones de prevención general (Asunto 67/74 Bonsignore, Asunto C-340/2010).

No pueden fundarse en la sola comisión del delito (Asuntos C-348/96 Calfa, Asunto 67/74 Bonsignore, Asunto C-340/2010).

Están proscritas las expulsiones automáticas (Asunto C-408/03 Comisión contra Bélgica).

La amenaza debe ser real y no meramente especulativa no pudiendo justificarse simplemente por un riesgo

general. Por ello la amenaza no puede fundarse en la existencia de antecedentes penales salvo que se infiera razonablemente la probabilidad de reincidencia (Asunto 30/77 Bouchereau, Asuntos C-482/01 y C- 493/01 Orfanopoulos y Oliveri y Asunto C-50/06 Comisión contra Países Bajos). Una posibilidad remota de comisión de nuevos delitos no es suficiente (Asuntos C-482/01 y C- 493/01 Orfanopoulos y Oliveri).

Por tanto la existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar la expulsión.

La amenaza debe ser actual y constante tanto en el momento de adoptarse como cuando es revisada (Asuntos C-482/01 y C- 493/01 Orfanopoulos y Oliveri). Por ello, la STJUE 22/5/2012 (Asunto C-348/09) declara (apartado 31) que “cuando una orden de expulsión del territorio se imponga como pena o medida accesoria a una pena de privación de libertad pero se ejecute más de dos años después de haberse dictado, el artículo 33, apartado 2, de la Directiva 2004/38 obliga al Estado miembro a comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y a examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión”.

En determinadas circunstancias, la pequeña delincuencia persistente puede representar una amenaza para el orden público, a pesar de que un delito o infracción particular, individualmente, no baste para representar una amenaza suficientemente grave según la definición anterior (Asunto C-349/06 Polat).

Tercero: la expulsión deberá ajustarse al principio de proporcionalidad, que exige la valoración conjunta de las circunstancias del hecho cometido como las personales del autor. Conforme al art. 28.1 de la Directiva 2004/38/CE *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, en particular, 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.*

El juicio de proporcionalidad se ajusta al establecido -con carácter general- en el artículo 89.4 párrafo primero del Código Penal ya analizado. No obstante, siguiendo las recomendaciones de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo [COM (2009) 313, final] puede precisarse que el principio de proporcionalidad habrá respetar las siguientes reglas:

1ª) Habrá de tomar en consideración las características de la amenaza teniendo en cuenta la entidad de los bienes jurídicos ofendidos por el delito enjuiciado. En particular el carácter y la gravedad de la infracción cometida (Asunto C-145/09).

2ª) Habrá que ponderar el grado de peligro social resultante de la presencia de la persona en cuestión en el territorio de ese Estado miembro.

3ª) Se valorará la naturaleza de las actividades delictivas, su frecuencia, peligro acumulativo y daños causados.

4ª) Se tendrá en cuenta el tiempo transcurrido desde la comisión del delito (Asunto C-145/09) y el comportamiento de la persona en cuestión, la buena conducta en prisión y la posible libertad condicional.

Es doctrina del TJUE que la expulsión no puede *poner en peligro la reinserción social del ciudadano de la Unión en el Estado en el que está verdaderamente integrado, la cual redundaría en interés no sólo de este último, sino también de la Unión Europea en general* (STJUE 23/11/2010, Asunto C-145/09).

5ª) Se analizará que la expulsión no vaya más allá de lo estrictamente necesario para lograr el objetivo perseguido de protección del orden público, valorando la posibilidad de aplicar medidas menos restrictivas para lograr ese objetivo.

6ª) Debe valorarse con precisión la situación personal y familiar del condenado:

a) El impacto de la expulsión en la situación económica, personal y familiar del individuo y sus miembros familiares;

b) En especial el respeto de la vida privada y familiar. Como afirma la STJUE 15/11/2011, Asunto C-256/11 *conviene recordar con carácter previo que el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (...), referido al derecho al respeto de la vida privada y familiar, contiene derechos equivalentes a los garantizados por el artículo 8, apartado 1, del CEDH, y que, por consiguiente, debe darse al artículo 7 de la Carta el mismo sentido y el mismo alcance que los conferidos al artículo 8, apartado 1, del CEDH, tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (Asunto C-400/10, PPU).

c) La gravedad de las dificultades a que el cónyuge o pareja y cualquiera de sus hijos se enfrentarían en el país de origen de la persona en cuestión.

d) La importancia de los vínculos –o la falta de vínculos- (parientes, visitas, conocimientos lingüísticos) con su país de origen y con el Estado miembro de acogida (por ejemplo, si la persona en cuestión nació en el Estado miembro de acogida o vivió allí desde una edad temprana). Esto es, la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el Estado miembro de acogida (Asunto C-145/09).

e) La duración de la residencia en el Estado miembro de acogida (Asunto C-145/09).

f) La edad y estado de salud.

Cuarto: de conformidad con el principio de no discriminación, no es admisible la expulsión respecto de aquellos comportamientos que, cuando lo realizan sus propios nacionales, no da lugar a medidas represivas o a otro tipo de medidas reales y efectivas destinadas a combatir dicho comportamiento (Asuntos 115/81 Adoui y Comuaillé y C-268/99 Jany).

5.1.2 Régimen especial para ciudadanos de la UE residentes durante más de diez años

La protección de los ciudadanos de la UE se intensifica –con la consecuente restricción de las posibilidades de expulsión- cuando llevan residiendo en el Estado de acogida más de diez años, pues en tal caso sólo pueden ser expulsados si concurren “motivos imperiosos de seguridad pública” que los Estados miembros definirán en su normativa interna [art. 28.3, a) Directiva 2004/38/CE].

La LO 1/2015 ha definido los motivos imperiosos de seguridad pública en estos términos (art. 89.4, 3 CP):

“Si (el ciudadano de la UE) 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”.

La redacción del primer inciso del art. 89.4,3 CP “procederá la expulsión cuando además” debe interpretarse teleológicamente. Lo que pretende expresar el Legislador es que cuando el ciudadano de la UE ha residido durante los diez años anteriores sólo será admisible la expulsión cuando, además de representar una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, haya sido condenado por alguno de los delitos que a continuación se enumeran en las letras a) y b).

El tenor de la norma no deja margen de duda: fuera de estos supuestos, la expulsión de un ciudadano de la UE o asimilado a su régimen deberá descartarse. La norma exige que el sujeto haya sido condenado por alguno de los delitos de la letra a) y que, además, en el momento del enjuiciamiento siga representando un peligro para la sociedad por apreciarse la probabilidad de que vuelva a incurrir en tales delitos. Esta exigencia debe extenderse a los supuestos de la letra b), pues el peligro que exige el derecho de la UE para alzar la protección de sus ciudadanos frente a la expulsión ha de ser siempre actual.

5.1.3 Improcedencia de aplicar la expulsión sustitutiva completa a ciudadanos de la Unión Europea

-

El párrafo cuarto del art. 89.4 CP dice que “en estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo”. Esta remisión, con la consiguiente imposibilidad de acordar la sustitución completa de la pena de prisión, debe aplicarse no sólo a los casos especiales del párrafo tercero del art. 89.4 CP (ciudadanos de la UE con más de diez años de residencia en España), sino también a los casos del párrafo segundo, pues en la medida en que el ciudadano de la UE debe representar un peligro grave y actual para la seguridad o el orden público españoles, razones elementales de prevención general y de afirmación del ordenamiento jurídico demandarán el cumplimiento en prisión de una porción de la condena suficiente para expresar el reproche social que merece la conducta.

5.2 Otros extranjeros sometidos a régimen especial

5.2.1 Apátridas

La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954) en su artículo 31.1 admite la expulsión de los apátridas cuando concurren “razones de seguridad nacional o de orden público”. Una vez acordada tienen derecho a que

se les conceda “un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país”. Este régimen jurídico ha sido incorporado al derecho español por el artículo 18 del RD 865/2001, de 20 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida*, estableciendo que:

“1. Los apátridas podrán ser expulsados del territorio español en los términos previstos en el artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y con arreglo al procedimiento establecido en la legislación de extranjería.

2. En todo caso, se concederá al expulsado el plazo máximo que establece la legislación de extranjería, en los casos de expulsión, para buscar su admisión legal en otro país”.

Al suprimirse por el artículo 89 CP la referencia a la residencia legal en España del extranjero, nada impide que el juez o tribunal del orden penal pueda ordenar la expulsión del apátrida en sustitución de la pena de prisión que le haya impuesto, aunque esto sólo será admisible cuando el apátrida represente un peligro efectivo para la seguridad o el orden público españoles.

La única especialidad es que se le deberá ofrecer un plazo de 30 días prorrogables (el máximo previsto en el artículo 63 bis LOEX) en atención a las circunstancias que concurren en cada caso concreto para que el condenado pueda gestionar su admisión legal en otro país. En el caso de que no sea hallado un país de acogida, habrá que entender que la expulsión ha devenido imposible y, en consecuencia, se procederá a exigir el cumplimiento de la pena impuesta o, si es el caso, a valorar la concesión de su suspensión condicional.

5.2.2 Asilados y protegidos internacionalmente

El art. 89 CP resulta inaplicable a los extranjeros que han obtenido protección internacional al amparo de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, *reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, pues éstos no pueden ser expulsados sin un acto previo de revocación de su estatuto en los casos y por el procedimiento establecido en sus arts. 44 y 45. Aunque el art. 44.1, c) dispone, en particular, que constituye causa de revocación que la persona beneficiaria “constituya, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España, o que, habiendo sido condenada por sentencia firme por delito grave, constituya una amenaza para la comunidad”, la condena penal podrá servir, todo lo más, de antecedente para la incoación por la Oficina de Asilo y Refugio del correspondiente expediente para la reconsideración del estatuto de protección, el cual ha de pasar por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio y ser resuelto por el Ministerio del Interior.

5.2.3 Indocumentados y ciudadanos cuya nacionalidad u origen no pueden determinarse

Los extranjeros que residen en España y estén en posesión de un documento identificativo de los previstos en el artículo 34.2 LOEX -concedido tras haber acreditado que no puede ser documentado por las autoridades de ningún país si desea ser documentado por España- aunque no se encuentran excluidos del régimen general del artículo 89 CP, es prácticamente seguro que no podrán ser expulsados. En estos casos, esta circunstancia se tendrá especialmente en cuenta a la hora de argumentar sobre la pertinencia de la sustitución.

6. Tiempo y forma de la resolución judicial

La decisión de expulsión debe adoptarse en la propia sentencia, según exige el art. 89.3 CP. Si ello no es posible, el juez o tribunal debe pronunciarse con la mayor urgencia en auto posterior.

La celeridad en la decisión no ha de cercenar el necesario debate entre las partes sobre la pertinencia y legalidad de la medida. La doctrina del TS es uniforme en el sentido de exigir en todo caso un debate contradictorio, ya sobre la expulsión, ya sobre el cumplimiento de la condena. No es suficiente con que el extranjero sea oído formalmente en relación con los hechos objeto de acusación al prestar declaración en el juicio ni tampoco cuando se le concede la última palabra (STS nº 17/2002, de 21 de enero).

Por lo tanto, aunque el art. 89.3 CP sólo exige previa audiencia del Fiscal y de las partes sobre la concesión o no de la sustitución de la pena cuando la misma se dirime en auto posterior a la sentencia, las mismas exigencias de contradicción deben observarse cuando la decisión se adopta en la sentencia conclusiva del proceso.

El Juez o Tribunal resolverá normalmente ante una petición expresa del Fiscal o de alguna de las acusaciones, evacuada en fase de calificación provisional o definitiva. El extranjero debe ser puntualmente informado de la petición, y debe ser oído, dándole la oportunidad de alegar y probar lo que estimare más pertinente en defensa de sus intereses, sea a favor o en contra de la expulsión.

Como norma general, el Fiscal fijará su posición en el escrito de calificación provisional con el fin de facilitar la defensa contradictoria del acusado. En la conclusión primera –no en el encabezamiento- hará constar junto a los datos de filiación del acusado, su nacionalidad y su situación de residencia, legal o ilegal y cuantos elementos, fácticos y jurídicos –p. e., resoluciones administrativas que definan su estatuto jurídico- puedan ser de interés relevante para valorar su situación.

En la conclusión quinta se incluirá la petición expresa de que la pena o penas solicitadas se sustituyan por expulsión del territorio nacional, con especificación del alcance que habrá de tener la medida –total o parcial, y en este caso porción de la pena que habrá de cumplir-. También solicitará que se acuerde la expulsión cuando el penado sea clasificado en tercer grado o le sea concedida la libertad condicional, a los efectos de que en la sentencia –o auto posterior- conste expresamente que se ha adoptado tal decisión.

Si el Fiscal estima que no es procedente la expulsión, lo indicará también de forma expresa en la conclusión quinta. Si el motivo radica en la posible desproporción de la medida por arraigo del acusado las circunstancias y elementos en los que se sustenta tal juicio deberán ser someramente indicados en la conclusión primera.

La decisión sustitutoria forma parte del contenido de la sentencia. Sólo con carácter excepcional, cuando no resulte posible, es admisible acordarla mediante el correspondiente auto en momento posterior (*una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena* (art. 89.3, inciso final CP).

Al haberse extendido el ámbito subjetivo de aplicación a todos los extranjeros han desaparecido muchos de los obstáculos que imposibilitaban una decisión en el momento de dictarse la sentencia. En efecto, toda la

problemática relativa a la prueba de la residencia regular o irregular del extranjero ha desaparecido.

Sin embargo, es evidente que pueden surgir imponderables que impidan la práctica adecuada durante el plenario de la prueba de hechos o circunstancias que pudieran condicionar la expulsión a pesar de haber sido alegados pertinentemente por cualquiera de las partes. Esta posibilidad comúnmente se producirá en los juicios celebrados en ausencia del acusado o cuando se tramitan en el propio servicio de guardia (enjuiciamiento inmediato).

En estos casos es posible que el Juez o Tribunal que haya dictado la sentencia ordene la apertura de un incidente en la ejecutoria, en el que tras ser oído el penado, el Ministerio Fiscal y en caso de haberlas, las demás partes personadas, decida lo que proceda mediante auto.

Los autos dictados en este trámite serán recurribles en apelación (arts. 790 a 792 y 846 ter LECrim [conforme a la Ley 41/2015]), siguiendo la doctrina de la STS nº 531/2010, de 4 de junio que considera estos pronunciamientos parte integrante de la propia resolución condenatoria.

7. Definición del plazo de duración de la prohibición de regreso al territorio español

Todo extranjero que resulte condenado en sentencia firme a pena de prisión de duración superior a un año va a ser objeto en un momento o en otro de expulsión sustitutiva –como alternativa a su ejecución o durante su cumplimiento-, salvo que el juez o tribunal haya declarado en sentencia que la medida resulta desproporcionada por sus circunstancias personales de arraigo ex art. 89.4, 1 CP.

El art. 89.5 CP en su versión anterior a la reforma permitía supeditar la expulsión, como sustitutivo parcial, a la obtención del tercer grado de clasificación o al cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, como una facultad discrecional conferida al juez o tribunal sentenciador. En la reforma 1/2015 tercer grado y libertad condicional se convierten en presupuestos desencadenantes de la expulsión, pero exigirán, en todo caso, un pronunciamiento judicial expreso en tal sentido.

Conforme a la nueva regulación, al deducir acción penal contra un extranjero, cualquiera que sea su condición administrativa, el Fiscal deberá fijar posición en torno a su posible arraigo y, descartado éste, deberá solicitar la determinación en sentencia del plazo de prohibición de regreso a nuestro país para el caso de que la expulsión se materialice por cualquiera de los motivos determinados en la norma.

En definitiva, solicitado el cumplimiento de la pena por razones de prevención general, se habrá de instar del juez o tribunal sentenciador que se determine el plazo en el que el penado no podrá regresar a España cuando sea expulsado, bien por haber agotado la parte de la pena fijada en sentencia, bien por haber alcanzado el tercer grado o la libertad condicional, cuando estas decisiones penitenciarias se anticipen a dicho momento.

En definitiva, tanto si se solicita la expulsión parcial de la pena, en los supuestos específicamente determinados en el art. 89.1 y 2 CP, como si se insta el cumplimiento total de la pena en los términos del art. 89.2 CP, sin perjuicio de que se proceda a la expulsión al alcanzar el tercer grado de clasificación penitenciaria o la libertad condicional, debe solicitarse en la conclusión quinta del correspondiente escrito de acusación que se imponga en

sentencia al acusado una prohibición de regreso a España de entre cinco y diez años a contar desde la fecha en que la expulsión se materialice (art. 89.5 CP).

La fijación del plazo dentro de ese arco exigirá tener en cuenta la duración de las penas sustituidas y las circunstancias personales del penado.

A efectos meramente orientativos se sugiere la siguiente escala de medición: hasta dos años de prisión, cinco años de prohibición de regreso; a partir de dos años de prisión hasta cinco años, un plazo de prohibición de regreso de entre seis y nueve años; penas de prisión de más de cinco años, una prohibición de regreso de diez años.

8. Reversibilidad de la decisión de expulsión

La resolución judicial que acuerda la expulsión no es inamovible, porque si una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la expulsión de un extranjero es que no resulte desproporcionada, las modificaciones relevantes que haya experimentado el reo en sentido favorable a su integración en nuestro país habrán de ser tomadas en consideración en el momento en que se vaya a materializar.

En el caso de los ciudadanos de la UE, la revisión es obligatoria en virtud del art. 33.2 de la Directiva 2004/38/CE, que dispone que “cuando una orden de expulsión de las contempladas en el apartado 1 (como pena o medida accesoria a una pena privativa de libertad) vaya a ejecutarse 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”.

La demora en la ejecución puede obedecer, simplemente, al tiempo invertido en el cumplimiento de la pena de prisión cuando la sustitución es parcial, o cuando la sentencia ha exigido el cumplimiento de toda la pena pero no ha excluido la operatividad de la expulsión por ministerio de la ley.

Para los extranjeros que no sean ciudadanos de la UE ni asimilados, la reconsideración de la decisión judicial debe ser también la regla a seguir, por idénticas razones que cabe extraer de la doctrina del TEDH, que subraya la importancia que el transcurso del tiempo puede tener en la decisión o en el cumplimiento de una orden de expulsión. A ello obedece, por ejemplo, que el TEDH exija que la valoración del comportamiento observado por el extranjero desde la comisión del delito hasta su expulsión (STEDH 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca), o la toma en consideración del tiempo transcurrido desde el último delito cometido y la decisión de la expulsión (STEDH 18 de febrero de 1991, Moustaquim contra Bélgica).

9. Aseguramiento cautelar de la ejecución

El aseguramiento de la persona del penado a los efectos de que no eluda el cumplimiento de la expulsión judicial puede efectuarse mediante su privación de libertad en dos modalidades, penitenciaria o en Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE).

La modalidad penitenciaria se recoge en la Disposición Adicional 17 de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, *de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, que dispone, en su segundo párrafo: “Igualmente, (los órganos judiciales) comunicarán (a la autoridad gubernativa) las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial”.

La posibilidad de ingresar al extranjero condenado en sentencia penal en un CIE para garantizar la ejecución de la correspondiente orden judicial de expulsión se introdujo por primera vez en la reforma penal operada por la LO 5/2010, de 22 de julio, y se recoge actualmente en el art. 89.1, 8 CP, que establece que “cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa”.

En estos casos el periodo máximo de internamiento es de 60 días (art. 62.2 LOEX).

La posibilidad de ingresar a un condenado a penas de prisión en un CIE es una solución legal de la que debiera hacerse un uso restrictivo, pues los CIEs son establecimientos públicos de carácter no penitenciario, como claramente advierte el artículo 62 *bis* LOEX, que no disponen ni de medidas de seguridad adecuadas ni de personal especializado en el tratamiento de convictos, y cuyo régimen normalizado de funcionamiento se ve alterado por la necesidad de separar los internos que han cometido una mera infracción administrativa de aquellos condenados en sentencia penal.

Es aconsejable por ello que el ingreso en CIE sólo se acuerde para condenados a penas de prisión que por su duración y demás circunstancias concurrentes en el hecho y el autor sean virtualmente susceptibles de suspensión condicional en los términos del art. 80 CP, pues el reo que reúne tales condiciones presenta, al menos, un perfil bajo de peligrosidad que le hace más fácilmente asimilable a las condiciones y régimen de vida de un CIE.

También conviene introducir un cierto grado de flexibilidad en la aplicación de estas cautelas que permita su dispensa en casos singulares: si el penado se encuentra en libertad provisional y merece confianza, se le puede otorgar un plazo de cumplimiento voluntario -a semejanza de lo previsto en el art. art. 63 *bis*, 2 LOEX, o en el art. 18.2 RD 240/2007- para ahorrarle los efectos más traumáticos que comporta una privación de libertad.

Esta solución se recomendaba, de hecho, en la Circular nº 2/2006, de 27 de julio, para supuestos de penas cortas que no habrían motivado el ingreso en prisión, cuando el penado ofrezca garantías de que va a abandonar el territorio nacional. En caso de incumplimiento del compromiso, el juez o tribunal sentenciador siempre podrá

proceder conforme a lo dispuesto en el art. 89.8 CP, o en la propia Disposición Adicional 17 de la LO 19/2003, según los casos, para hacer efectiva la expulsión.

El Fiscal debe pronunciarse en el mismo escrito de calificación provisional sobre la cautela aplicable al caso. En consecuencia, instará la aplicación de la DA 17ª LO 19/2003 o alternativamente el ingreso en CIE en los términos del art. 89.1, 8 CP, salvo que considere oportuno otorgar un plazo de cumplimiento voluntario, con sucinta justificación de su decisión.

10. Imposibilidad de ejecución

El párrafo segundo del artículo 89.8 CP dispone que “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”.

La única novedad respecto de la legislación precedente es la omisión de la referencia a la sustitución de la pena regulada por el art. 88 CP que ha quedado sin contenido en virtud del apartado cuarenta y siete del artículo único de la LO 1/2015.

Conserva por lo tanto plena vigencia –con la salvedad de la cita del instituto de la sustitución del desaparecido art. 88 CP- la doctrina del TC conforme a la cual “el extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido tiene acceso, en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los arts. 80, 87 y 88 CP, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España” (ATC nº 132/2006, de 4 de abril de 2006).

Las causas por las que es imposible llevar a cabo la expulsión pueden ser de naturaleza material (negativa del Estado de origen, carencia del visado correspondiente, imposibilidad de transporte, etc.).

Estas circunstancias deberán en todo caso ser comunicadas por la autoridad administrativa correspondiente a la autoridad judicial que tramite la ejecutoria. Constanda la imposibilidad se ejecutará la pena de prisión según el régimen ordinario y los Fiscales dictaminarán sobre la aplicación de la suspensión condicional conforme a los criterios generales establecidos para el resto de los condenados a penas privativas de libertad.

No obstante, en aquellos casos en que la imposibilidad de materializar la expulsión se hubiera debido a una voluntad deliberadamente obstruccionista del penado extranjero concretada en actos de rebeldía, tal circunstancia habrá de ponderarse debidamente a la hora de optar por el cumplimiento de la condena en prisión o por la suspensión.

11. Quebrantamiento de la prohibición de regreso

El art. 89.7 CP dispone en su párrafo primero que “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”.

El mismo precepto, en su párrafo segundo prevé que “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”.

La norma sigue distinguiendo, en consecuencia, dos supuestos perfectamente diferenciados de incumplimiento de la medida según que el extranjero condenado haya sido localizado dentro del territorio español o en frontera.

En el primer caso se introduce una novedad significativa pues, junto con la posibilidad de cumplir las penas que fueron sustituidas, que hemos de estimar norma general, da la opción al juez o tribunal sentenciador de reducir equitativamente su duración –sin merma de la vigencia del orden jurídico- “en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento” -norma excepcional-.

El regreso prematuro a España resulta atípico desde la perspectiva del art. 468.1 CP, pues como es característico del instituto de la sustitución penal, el incumplimiento de la medida sustitutiva se resuelve mediante el cumplimiento de la pena sustituida.

Constatado el incumplimiento de la prohibición de regreso, la opción judicial de exigir al extranjero infractor el cumplimiento íntegro de la pena o porción de pena que le había sido sustituida o de beneficiarle con una reducción razonable de su duración ha de contar con el tiempo que ha transcurrido desde que se materializó la expulsión. Es un criterio perfectamente congruente con la Teoría de la Pena, que afirma que la necesidad de su cumplimiento se atenúa en la conciencia social con el transcurso de los años. El nuevo texto legal deja un amplio margen de arbitrio judicial, pues no fija límites mínimos de cumplimiento.

Lo que parece claro es que el perdón de una porción de condena exige un cumplimiento sustancial del período de prohibición de regreso. Si el extranjero vuelve a España al poco tiempo de haber sido expulsado no se hace acreedor de ninguna rebaja.

El art. 89.7 CP exige también valorar las circunstancias que rodean el incumplimiento, que pueden ser de la más variada naturaleza. Habremos de entender que no está justificada la reducción de condena cuando el quebrantamiento de la medida responda a móviles espurios (cometer nuevos delitos); será de aplicación, en cambio, cuando actúe movido por razones socialmente admisibles (visitar a un familiar enfermo, acudir a un entierro de un ser querido, nacimiento de un hijo, etc.).

En el caso de que el extranjero sea detectado en frontera, será objeto de inmediato rechazo en el puesto fronterizo por la propia vigencia de la prohibición de entrada que sobre aquél pesa.

12. Sustitución judicial de las medidas de seguridad por la expulsión

El art. 108.1 CP tras la reforma operada por LO 11/2003 dispone que *si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.*

El precepto no fue modificado ni por la LO 5/2010 ni por la LO 1/2015.

En este contexto, debe darse por reproducido el criterio contenido en la Circular 2/2006: “Pese al tenor literal del precepto, que apunta a que la sustitución opera respecto de cualquier medida de seguridad, parece que una interpretación sistemática, a la luz de los criterios sentados por el art. 89 y del principio de proporcionalidad, aboga por entender que solamente es aplicable para medidas de seguridad privativas de libertad, incluyendo, eso sí, las impuestas por los delitos de tráfico de seres humanos contemplados en el art. 89.4 CP respecto de los que no se hace ninguna alusión. No obstante, respecto de estos últimos, cabrá inaplicar la expulsión sustitutiva pues el precepto permite con carácter general tal inaplicación por el órgano jurisdiccional y previa audiencia del Ministerio Fiscal, cuando *excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España*” (art. 108.1 CP)”.

El ámbito subjetivo quedará limitado a los extranjeros no residentes legalmente en España, concepto interpretado por las Circulares 2/2006 y 5/2011.

En cuanto al plazo de la prohibición de regreso a España el art. 108 CP se separa del 89 CP y establece un sistema de plazo único de diez años.

Deberá entenderse que aunque se sigue señalando como criterio que permite exceptuar la expulsión “la naturaleza del delito” cabrá también excluirla tanto cuando pueda ser desproporcionada, conforme a los criterios expuestos en la presente Circular como cuando la peligrosidad del sometido a la medida de seguridad desaconseje su liberación.

13. Cláusula de vigencia

Las disposiciones de la presente sustituyen a las contenidas sobre expulsión sustitutiva en la Consulta 2/1990, de 10 de octubre, *sobre expulsión de extranjeros: Juez competente para decidirla y fase procesal en que debe acordarse*; en la Instrucción 4/2001, de 25 de julio, *sobre la autorización judicial de la expulsión de los extranjeros imputados en procedimientos penales*; en la Circular 2/2006, de 27 de julio, *sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España*; y en la Circular 5/2011, de 2 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, a salvo la remisión contenida en el epígrafe 12.

14. Conclusiones

1ª Las penas de prisión de duración igual o inferior a un año no son susceptibles de sustitución por expulsión. Procederá, en consecuencia, su ejecución penitenciaria o su suspensión condicional si concurren los requisitos

de los arts. 80 y ss. CP.

2ª Si una sentencia impone al mismo ciudadano extranjero dos o más penas de prisión y ninguna de ellas individualmente considerada excede la duración de un año, no procederá su expulsión aunque la suma de las penas rebase dicho límite.

3ª Si a un ciudadano extranjero se le imponen en la misma sentencia dos o más penas de prisión de las que sólo una o algunas superan el umbral de un año de duración, se podrá solicitar, si concurren los restantes requisitos para la aplicación de la medida, la sustitución de todas ellas por expulsión. Igual solución cabe dar cuando la pena o penas de prisión de duración superior a un año van acompañadas de otras penas de distinta naturaleza, esto es, la concurrencia de dichas penas no impedirá la aplicación de la medida de expulsión.

4ª En los supuestos del art. 89.1 CP -penas de prisión de más de un año y hasta cinco- los Sres. Fiscales solicitarán la sustitución completa de la pena por expulsión del territorio nacional. Excepcionalmente instarán la sustitución parcial cuando a la vista de la naturaleza y gravedad de los hechos que han motivado la condena se aprecie una necesidad efectiva de afirmar el ordenamiento jurídico mediante su cumplimiento en Centro Penitenciario, a cuyo fin se tomarán en consideración los criterios orientativos fijados en el apartado 4.1 de la presente Circular. En ningún caso se emitirá dictamen favorable a la suspensión condicional en los términos del art. 80 y ss. CP.

5ª En los supuestos del art. 89.2 CP, los Sres. Fiscales interesarán el cumplimiento total o parcial de la condena en atención a las circunstancias concretas del caso y a la necesidad de realizar los fines de prevención general en los términos indicados en el apartado 4.1 de esta Circular.

6ª En todo caso, iniciada la ejecución de la pena de prisión, el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria y la obtención de la libertad condicional traerán consigo la expulsión del extranjero en sustitución del resto de la pena. Como consecuencia de ello, los Fiscales interesarán del juez o tribunal que determine en sentencia o en auto motivado posterior que la expulsión se producirá cuando acceda el penado al tercer grado de clasificación penitenciaria o a la libertad condicional y concretarán en sus escritos de calificación el plazo de prohibición de regreso a España que se le habrá de imponer a contar desde que la expulsión se haga efectiva.

7ª La expulsión sustitutiva no se aplicará, en ninguna de sus modalidades, si resulta desproporcionada.

8ª Para valorar la proporcionalidad de la medida se tomará en consideración el tiempo de residencia del penado en España, su situación familiar y económica, su integración laboral, social y cultural y los vínculos con el país de origen. En cualquier caso el arraigo familiar exige para poder excluir la aplicación del art. 89 una relación de convivencia real y estable y sólo puede provenir de las relaciones con los parientes próximos, entendiéndose por tales los padres y hermanos, cónyuges o parejas de hecho, e hijos -matrimoniales o no-, siempre que residan en España, u otros familiares con los que se acredite una relación estable de dependencia material o económica.

9ª Cuando la expulsión del extranjero haya sido desechada por resultar desproporcionada, no habrá impedimento para que pueda serle aplicada alguna de las modalidades de suspensión condicional previstas en los arts. 80 y

ss. CP si reúne los requisitos necesarios para beneficiarse de ellas.

10ª La sustitución de la pena de prisión impuesta a un ciudadano de la UE y asimilados por expulsión del territorio español sólo será posible si concurren graves razones de orden público o seguridad pública; si lleva más de diez años residiendo en España será preciso, además, que se encuentre incluido en alguno de los supuestos tasados en el art. 89.4, 3 CP. La sustitución será siempre parcial.

11ª Los apátridas e indocumentados no están excluidos del régimen del art. 89 del CP. No obstante, en ambos casos habrán de tenerse en cuenta las enormes dificultades que la medida de expulsión entraña. En el caso de los apátridas, deberá ofrecérseles un plazo de 30 días prorrogables para que se pueda gestionar su admisión legal en otro país.

12ª Si desde la firmeza de la sentencia o auto que acuerden la expulsión sustitutiva de un ciudadano extranjero transcurren, por cualquier causa, más de dos años sin que ésta se haya ejecutado, podrá reconsiderarse la decisión judicial si hay motivos suficientes para creer que la situación del extranjero ha experimentado tal variación, en sentido favorable a su arraigo en España, que el cumplimiento de la medida haya devenido desproporcionado. Los Sres. Fiscales interesarán en tal caso que se abra un incidente en la ejecutoria con el fin de dar audiencia al penado asistido por su Letrado y a las restantes partes, si las hubiere. Este incidente se abrirá automáticamente si se trata de ciudadanos de la UE. Cabrá también excepcionalmente la reconsideración antes de los dos años, si concurre causa justificada.

13ª En todo escrito de calificación provisional en el que se dirija la acusación contra un ciudadano extranjero, los Sres. Fiscales expondrán su postura en lo que atañe a la aplicación del art. 89 CP. Ello implica:

13.1 Que en la conclusión primera se indicará la filiación del extranjero y su situación administrativa en España. Si se considera que el extranjero mantiene vínculos efectivos y actuales de carácter familiar, laboral o social en España se especificarán de manera sucinta pero suficiente.

13.2 Que en la conclusión quinta deducirán pretensión de sustitución de la pena de prisión por expulsión si resulta procedente en los términos de la Ley, indicando si la sustitución afecta a toda la pena, o a una parte, y concretando la porción cuyo cumplimiento se interesa. Se habrá de solicitar asimismo que se le imponga la prohibición de regresar a territorio español en los términos del art. 89.5 CP, incluso en los casos en que se haya pedido por razones de prevención general el cumplimiento total de la pena, ante la eventualidad de que se le expulse al alcanzar el tercer grado de clasificación penitenciaria o la libertad condicional.

Si se estima que no procede la sustitución por desproporción de la medida, se indicará expresamente.

13.3 Que mediante otrosí se instará el ingreso o permanencia del acusado en prisión en garantía del cumplimiento de la medida, su internamiento en un CIE, o, excepcionalmente, el otorgamiento de un plazo de cumplimiento voluntario de la medida.

14ª Si materializada la expulsión, el extranjero aparece de nuevo en territorio español, con carácter general se informará desfavorablemente la reducción de pena prevista en el art. 89.7 CP Excepcionalmente se informará a

favor de la reducción de la pena si se constata que el penado ha respetado en su mayor parte el tiempo de prohibición de regreso y que el regreso no obedece a móviles espurios.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la aplicación de la nueva regulación sobre la expulsión sustitutiva de la pena, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

Madrid, 17 de noviembre de 2015

LA FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Consuelo Madrigal Martínez-Pereda

EXCMOS./AS. E ILMOS./AS. SRES./AS. FISCALES DE SALA, FISCALES SUPERIORES, FISCALES JEFES PROVINCIALES Y DE ÁREA.

