

Problemática actual de las personas extranjeras en prisión tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 modificativa del Código Penal

Diego Boza Martínez
Profesor de Derecho penal de la Universidad de Cádiz

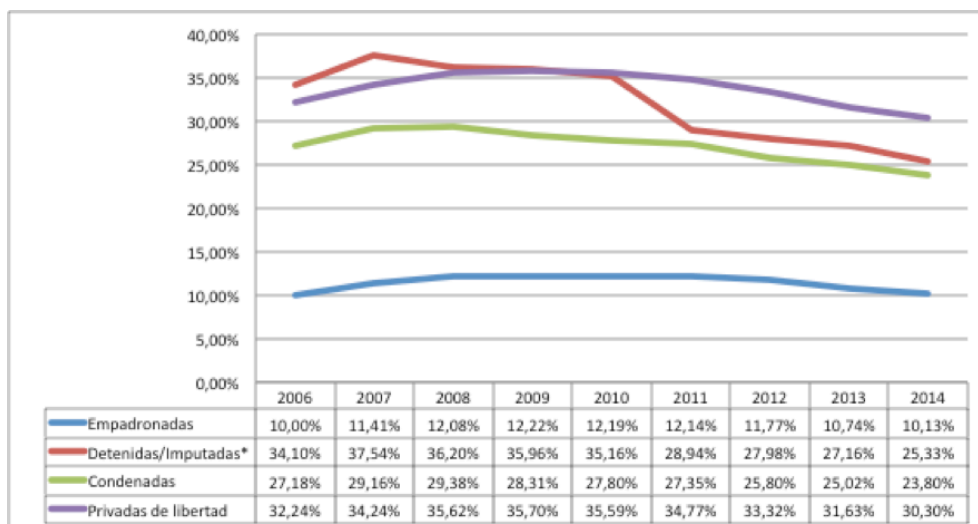
El punto de partida: la sobrerrepresentación de las personas extranjeras en prisión

El análisis de esta cuestión parte de un hecho constatable e incontestable. Las prisiones españolas están llenas de personas extranjeras. En la lectura que de este hecho pueda derivarse se profundizará después, pero lo cierto es que los datos estadísticos nos señalan que prácticamente un tercio de la población reclusa en España tiene nacionalidad extranjera y esto es una cuestión que se ha mantenido así durante los últimos años.

En este sentido, resulta paradigmática la comparación entre las tasas de personas extranjeras empadronadas y la de personas extranjeras en prisión. Se mantiene una diferencia que se sitúa de forma continuada durante los últimos años por encima del 20%.

Como indicaba, la lectura de estos datos puede plantear diversas hipótesis. Una, mantenida por gran parte de los políticos pero nunca demostrada, es la de la vinculación entre inmigración y delincuencia. Sin embargo, no existen estudios que puedan justificar tal afirmación. Es más, la comparación entre la tasa de criminalidad y la presencia de inmigrantes en España determina que ambas son variables que funcionan de forma independiente y, de hecho, en la actualidad, con casi cinco millones de personas extranjeras empadronadas nos encontramos en cifras de criminalidad similares al año 2001, cuando las personas extranjeras representaba menos de un 5% de la población.

Con todo, la sobrerrepresentación de la población extranjera se mantiene en todas las instancias penales, tal y como se aprecia en el gráfico. Porcentualmente, son más las personas extranjeras en prisión, detenidas y condenadas que su proporción entre las personas que viven en España.



No obstante, caben matices. En primer lugar puesto que las cifras con las que se trabaja en el ámbito penal hacen referencia a personas extranjeras lo que incluye en el cómputo las conductas que no están desarrolladas por inmigrantes sino por aquellas personas en tránsito o de la “población flotante”, de los que es un referente específico el tráfico de drogas. Además, debe insistirse en el carácter selectivo del sistema penal en el que el inmigrante se perfila como destinatario específico del control policial.

La cuestión destaca en el ámbito de las prisiones donde la sobrerrepresentación es mayor. A ello contribuyen distintos elementos. Por un lado, una mayor tasa de preventividad –aproximadamente entre 10 y 15 puntos porcentuales por encima de la de la población autóctona-; por otro lado, una mayor incidencia en penas de prisión más graves; junto con una mayor propensión a la prisión por impago de multa; la menor posibilidad de acceder a permisos de salida... En este sentido se plantea una lógica circular: dado que la solución para las personas extranjeras privadas de libertad es la expulsión y los permisos son para preparar la vida en libertad, no tiene sentido conceder permisos penitenciarios.

La ampliación del ámbito de la expulsión penal

Ante esta realidad, el legislador ha ido ampliando el papel de la expulsión como respuesta frente a la persona extranjera que delinque. Como bien saben, esta situación en nuestro sistema, antes de la LO 1/2015, se desarrollaba por dos vías directas: la expulsión penal del artículo 89 CP, que sólo se refería a personas extranjeras en situación irregular y la expulsión administrativa del artículo 57.2 LOEX que afectaba a personas extranjeras en situación regular e irregular y que estaba siendo la más utilizada por el poder público.

La incidencia reciente de la expulsión del artículo 89 CP era muy limitada. El funcionamiento del 57.2 LOEX se planteaba, además, desde una perspectiva concurrente, siendo aplicada en los supuestos de cumplimiento de la pena. La práctica era la de notificar esta expulsión unos meses antes de la puesta en libertad para ejecutarla cuando el penado abandonara la prisión.

Con ellos coincidían los supuestos de expulsión penal indirecta, esto es, cuando el sujeto no era expulsado pero se le negaba su renovación por tener antecedentes penales. Son supuestos que podemos calificar de expulsión administrativa pero con origen indirecto en una condena penal.

La reforma de la LO 1/2015 modifica de forma muy intensa el sistema de la expulsión penal con la introducción del nuevo artículo 89 CP.

Las principales características de esta reforma son la generalización de la expulsión a cualquier persona extranjera condenada, lo que conlleva la introducción de limitaciones personales; la aplicación a penas de prisión superiores a un año; la ampliación de supuestos de concurrencia entre la expulsión y el cumplimiento de la pena de prisión; la introducción de conceptos jurídicos indeterminados para valorar las circunstancias que propician la decisión de imponer la expulsión o cumplir la pena de prisión y la inclusión de determinadas modificaciones procedimentales.

Generalización de la expulsión

El artículo 89 CP parte de la referencia a que “*Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español*”.

En este sentido, la reforma de la LO 1/2015 ha sustituido la referencia al “*extranjero no residente legalmente en España*” por la mención al “*ciudadano extranjero*” lo que permite, desde su entrada en vigor, la expulsión de personas extranjeras con autorización de residencia en vigor en España.

El adjetivo extranjero, en este caso, se identifica con el utilizado en el artículo 1 de la LOEX, es decir, “*los que carezcan de la nacionalidad española*”¹. La inclusión de los nacionales de Estados miembros de la UE no admite duda por el propio contenido del artículo 89 que en su apartado 4 contempla la regulación de la expulsión de estas personas.

El cambio en el ámbito de sujetos potencialmente afectados es sustancial para la contextualización del precepto. De poder afectar a –aproximadamente- 250.000 personas, el nuevo artículo 89 CP pasa a afectar a cinco millones.

Pese a todas las críticas recibidas, aquella situación respondía a una lógica, discutible, pero de cierto sustento relacionada con la administrativización del Derecho penal. Con la regulación diferenciada –aún con los matices que pudiera requerir tal diferenciación- se establecía una categoría de personas extranjeras en situación irregular, de quienes se presumía que no tenían vínculos con España y que, por tanto, debían ser expulsadas.

El nuevo sistema borra las diferencias que la legislación extra-penal establece entre las distintas modalidades de residencia ya que no permite distinguir entre residentes y no residentes, ni entre residentes temporales y residentes de larga duración. Con la ampliación se difuminan estas categorías jurídicas diferenciadas.

Regímenes excepcionales subjetivos

El régimen general, que afectaría a cinco millones de individuos con residencia legal en España, resulta, en principio, imperativo y vinculante para el juez y niega la autonomía imprescindible a la actuación judicial al mantenerse la redacción “*las penas... serán sustituidas*”.

Junto a este régimen general se crean una serie de regímenes de excepción. Por una parte, la excepción transversal, de acuerdo a la cual no procederá la expulsión si esta resultase desproporcionada. Por otra parte, el régimen para los nacionales de la UE que, a su vez, se divide en dos ámbitos, el de aquellos nacionales de Estados miembros de la UE que hubieren residido en España durante los diez años anteriores y los que no.

¹ Sobre la forma de acreditar la nacionalidad española en estos casos, la Circular 7/2015 de la FGE, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por LO 1/2015, menciona que bastará con la presentación del DNI en vigor, aunque se admiten otros medios de prueba (p. 5).

Dentro del sistema de inaplicación de la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión basado en razones subjetivas, pueden distinguirse, a su vez, dos categorías. Por un lado, un criterio transversal, aplicable a todas las personas extranjeras y relacionado con el juicio de proporcionalidad entre la expulsión y las condiciones del sujeto y, por otro, el sistema específico de los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, que, a su vez, dependerá de la duración de su residencia en España, estableciéndose la línea de los diez años como criterio definitorio en la aplicación de un sistema aún más garantista.

Las condiciones para la expulsión de los ciudadanos de la UE:

De acuerdo al artículo 89 CP la expulsión de un ciudadano de la UE. Esta limitación, que no se tuvo en cuenta en la fase de Anteproyecto de la reforma, es obligatoria de acuerdo a la normativa de la UE y a la jurisprudencia del TJUE sobre la materia.

Concretamente, la Directiva 2004/38 establece 3 niveles de protección. Así, la expulsión de un ciudadano de la UE o miembro de su familia procederá, exclusivamente, por motivos de orden público o seguridad pública –además de las de salud pública, irrelevantes, en principio, a los efectos del artículo 89 CP-.

Más aún, cuando el nacional de la UE o el miembro de su familia haya adquirido un derecho de residencia permanente (lo que se identifica en la Directiva con una residencia de cinco años) la expulsión sólo podrá realizarse por motivos graves de orden público o seguridad pública.

Por último, en los casos en los que el ciudadano de la UE –aquí la norma europea sólo hace referencia a los nacionales de un Estado miembro de la UE y no a los miembros de su familia- hubiera residido en el Estado que pretende su expulsión durante los diez años anteriores, la expulsión sólo procederá en supuestos de “*motivos imperiosos*” de seguridad pública

En la norma europea se superponen dos planos. Por una parte, se hace referencia a la conducta personal del interesado, que debe constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave para la sociedad. Además, la norma europea exige que, antes de tomar la decisión de expulsión, se tengan en consideración las circunstancias personales y familiares del autor. Se trataría, por tanto, en primer lugar, de constatar que el autor constituye una amenaza de acuerdo en razón a la conducta cometida. Esta amenaza, sin lugar a dudas, no puede identificarse, sin más, con cualquier condena penal superior a un año de prisión.

Es decir, se requiere una específica conducta más grave para dictar la expulsión. Pero, además, constatada esa gravedad en la conducta del autor que provoca la consideración de la amenaza, han de valorarse las circunstancias personales y familiares del autor. Dicho de otra forma, de acuerdo al Derecho europeo habrá sujetos nacionales de un Estado miembro o miembros de sus familias que, aún constituyendo una amenaza para el orden público o la seguridad pública de España, no podrán ser expulsados por su situación personal o familiar.

Tampoco contempla el artículo 89.4 la especial situación de los nacionales de un Estado miembro de la UE o los miembros de sus familias con derecho de residencia

permanente en España, esto es, según el artículo 16 de la Directiva, “*que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años*”. Para ellos, de acuerdo al artículo 28.2 de la Directiva, las decisiones de expulsión sólo procederán “*por motivos graves de orden público o seguridad pública*”.

El único régimen específico que contempla la norma es el del supuesto en el que el extranjero hubiera. En este caso, el artículo 89 CP requiere que haya 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*”. Este requisito resulta ciertamente sorprendente. La norma europea exige motivos imperiosos de seguridad pública y la norma española ni siquiera plantea la exigencia de que la pena impuesta al sujeto tenga un carácter de pena grave sino que basta con que el delito sea grave, es decir, que tenga una pena máxima de prisión de más de cinco años, ignorando las especificidades que suponen la individualización de la pena para el sujeto concreto en la consideración de los motivos imperiosos de seguridad pública

El TJUE ha tomado como referencia el artículo 83 TFUE, apartado 1, párrafo 2 y las infracciones penales en él contenidas, esto es, “*el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada*”.

Paradójicamente, la redacción del supuesto contemplado en la letra a) del apartado 4 del artículo 89, no exige para la expulsión que la pena sea superior a cinco años, sino que el delito esté castigado con una pena máxima superior a cinco años, sin requerimiento alguno sobre la pena concreta impuesta al sujeto, por lo que podrían producirse situaciones de expulsión dentro de este precepto a las que no le fuere aplicable el apartado 2 del artículo 89.

El segundo requisito es que exista un riesgo grave de reincidir. Esta idea sitúa en la órbita del pronóstico de peligrosidad que conceptualmente se vincula a la medida de seguridad. Sin embargo, la expulsión tal y como está prevista en el artículo 89 CP no puede considerarse medida de seguridad puesto que carece de cualquier efecto terapéutico.

También se contempla la expulsión para quienes residieran durante más de 10 años en España cuando hubieran sido condenados por uno o más delitos de terrorismo y otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. En este caso, se prescinde del riesgo de reincidencia y se exige el cumplimiento parcial previo.

La principal cuestión en relación con los ciudadanos de la UE, no obstante, es la ausencia de referencias en el artículo 89 CP a sus familiares que gozan de una protección frente a la expulsión derivada de la Directiva 2004/38 similar (pero no idéntica) a la de los propios ciudadanos de la UE. Con todo, en la interpretación realizada por la FGE de este apartado se incluye a los familiares de nacionales de Estados de la UE pero excluye a los familiares de españoles². Esta será, pues, la interpretación que habrá de plantearse ante los tribunales.

² Circular 7/2015 de la FGE.

Por último en relación con los ciudadanos de la UE debe hacerse referencia al artículo 33 de la Directiva 2004/38 que exige que la decisión de expulsión no se ejecute dos años después de haber sido dictada sin una revisión de *“la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado”* y de *“cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido”*. Sin embargo, el sistema español no prevé nada al respecto y, concretamente, en el caso de los sujetos a los que se les aplica el apartado 89.2 CP, permite dictar una expulsión en sentencia y que se ejecute hasta cinco años después sin que se haya establecido ningún mecanismo legal de revisión.

A este respecto, como se verá, la Circular 7/2015 de la FGE contempla la necesidad de revisar la proporcionalidad de cualquier expulsión antes de que sea ejecutada.

La cláusula general de arraigo

El artículo 89.4 establece como regla general 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”*.

Se utiliza el concepto de arraigo que es un concepto complejo, con diferentes interpretaciones. Por un lado la interpretación normativa derivada de la LO 4/2000 y el RD 557/2011 en el que el arraigo puede ser social (permanencia continuada en España durante tres años y acreditación de disponibilidad de medios económicos), familiar (ser progenitor de un menor de edad de nacionalidad española) o laboral. Además, la jurisprudencia ha planteado conceptos de arraigo diferentes al normativo e, incluso, diferentes entre la jurisprudencia del TS en el orden penal o el contencioso administrativo.

Quizá, la mejor fórmula para completar este concepto de arraigo es recurrir a la definición que el TEDH ha dado en relación con el derecho a la vida familiar protegido por el artículo 8 del Convenio y que, según el Preámbulo de la LO 1/2015, es uno de los fundamentos de esta referencia a la proporcionalidad. Así, en la STEDH Ünner contra Países Bajos³, el Tribunal de Estrasburgo consideró que las circunstancias a tener en cuenta para el juicio de proporcionalidad de la expulsión son *“la naturaleza y la gravedad de las infracciones cometidas por el recurrente; la duración de su residencia en el país que pretende su expulsión; el lapso de tiempo transcurrido con posterioridad a la infracción y la conducta del sujeto en este período; y la nacionalidad de las personas implicadas y la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país que expulsa y con el país de destino”*

En parecidos términos, la Directiva 2003/109/CE⁴, en su artículo 12 contempla la protección contra la expulsión de los residentes de larga duración. A este respecto, se afirma que *“los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública”*. Concretamente, el apartado 3 del artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE, explicita que *“antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros*

³ STEDH en el caso Ünner contra Países Bajos, de 18 de octubre de 2006.

⁴ Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

deberán tomar en consideración los elementos siguientes: a) la duración de la residencia en el territorio; b) la edad de la persona implicada; c) las consecuencias para él y para los miembros de su familia; d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen”.

Por su parte, la FGE en su 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, parece identificar el arraigo con la regularidad documental, aunque, al mismo tiempo, excluye que tal identificación sirva en todos los casos.

Penas que dan lugar a la expulsión

Otra de las novedades relevantes de la reforma es la modificación en las penas que dan lugar a la sustitución por expulsión. Así se ha pasado de la categoría amplia de las penas privativas de libertad a la referencia específica a las penas de prisión.

El cambio supone, en primer lugar, la exclusión de la localización permanente de las penas a sustituir; una exclusión que, por otra parte, se habría producido en todo caso con el límite mínimo de un año ya que ex artículo 37.1 CP, la pena de localización permanente tiene una duración máxima de seis meses.

Con todo, el aspecto más relevante en relación con esta modificación es que la misma destierra la posibilidad de que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa sea sustituida por la expulsión.

Además, se ha establecido un tope mínimo de 1 año. La anterior regulación permitía la sustitución de cualquier pena privativa de libertad inferior a seis años, siendo desde el año 2003 tal sustitución preceptiva, si bien únicamente para las personas extranjeras en situación irregular.

Este tope mínimo se ajusta, como se recuerda en el Preámbulo de la LO 1/2015, con la regulación contenida en la legislación de extranjería; concretamente, la referencia lo es al artículo 57.2 LOEx.

Una de las cuestiones relevantes es la referente a la imposición de una sentencia con varias penas, todas ellas inferiores a un año de prisión pero que en conjunto sumen más de un año de prisión. En este caso la Fiscalía considera que *“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”*⁵.

En las penas de prisión superiores a un año e inferiores a cinco años, la regla general es la de la sustitución aunque la norma prevé el cumplimiento parcial excepcional *“cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida”*.

Por su ambigüedad, no parece que las expresiones utilizadas resulten las más adecuadas para inspirar la determinación del cumplimiento de la pena de prisión o su sustitución. Se trata de conceptos jurídicos absolutamente indeterminados que el juzgador habrá de

⁵ Circular 7/2015 de la FGE

complementar dentro de un marco relativamente amplio, que puede ir hasta los tres años y cuatro meses.

El carácter excepcional de esta posibilidad, así reconocida en el propio artículo 89.1 CP, debe conducir a una interpretación restrictiva de estos conceptos. No obstante, la FGE ha desarrollado una interpretación de estos conceptos bastante amplia en la que se incluyen⁶:

- “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...”*

El cumplimiento previo a la expulsión será de un máximo de dos tercios de la pena impuesta y el artículo 89 CP contempla, en todo caso, la expulsión cuando la persona extranjera acceda al tercer grado o a la libertad condicional. La referencia a la libertad condicional, en principio, parece superflua ya que a esta situación penitenciaria sólo se accede, habitualmente, después de haber cumplido los dos tercios de la condena.

El límite de 5 años de pena de prisión se configura como el tope máximo de la pena a partir del cual no podrá procederse a su sustitución sin el inicio del cumplimiento efectivo de la misma. Se trataría, por tanto, de un supuesto de cumplimiento parcial (o sustitución parcial) obligatorio.

⁶ Circular 7/2015 de la FGE

La nueva redacción especifica que el cómputo de los cinco años se refiere tanto a los supuestos de la imposición de una única pena de prisión superior a ese plazo como a la acumulación de varias penas.

En realidad se profundizan en supuestos en los que no cabe hablar de sustitución sino de acumulación puesto que se requiere el cumplimiento de la pena antes de la ejecución de la expulsión. De hecho, se incluye una referencia a la posibilidad de exigir el cumplimiento de la totalidad de la pena antes de proceder a su expulsión supone una vuelta de tuerca más en la relación entre el artículo 89 CP con el principio *non bis in idem*. En este caso, ya no se podría hablar de una sustitución porque no hay pena que sustituir, ni siquiera parcialmente, sino de una nueva pena, tal y como se ha indicado con anterioridad.

En este sentido, el TC, en las STC 145/2006 y 110/2009, rechazó la posibilidad de ejecutar la expulsión penal una vez cumplida la pena, aunque lo hizo más por referencia a la retroactividad de la norma penal desfavorable que a la vulneración del principio *non bis in idem*.

Será el juez quien determine la parte de la pena a cumplir antes de procederse a la expulsión. Los parámetros que se le ofrecen al juez o tribunal para fijar la parte de la pena de prisión de cumplimiento efectivo resultan extremadamente ambiguos. Se señala, de hecho, que el cumplimiento de la pena de prisión se exigirá “*en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito*”.

En todo caso, se procederá a la expulsión cuando la persona extranjera acceda a la libertad condicional o al tercer grado. Por otra parte, no se sustituyen las penas impuestas en aplicación de los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis.

Prohibición de entrada

La expulsión conllevará una prohibición de entrada de cinco a diez años según la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. La FGE en su Circular 7/2015, ofrece como escala para la duración de la prohibición de entrada la siguiente: 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.

Si regresara antes a España se ordenará el cumplimiento de las penas que fueron sustituidas. Se establece la posibilidad de que el juez o tribunal reduzcan la duración de las mismas recurriendo a los ambiguos términos habituales, es decir, “*cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida*”.

En este sentido, la valoración habrá de hacerse “*en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento*”. La referencia al tiempo transcurrido plantea un concepto bastante claro, especialmente habida cuenta de que la prohibición de entrada puede ser más de cinco veces superior a la pena sustituida. No parece tan clara la mención de las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento.

Si la persona extranjera fuera detectada en frontera cuando trataba de entrar en España obrando contra ella una prohibición de entrada derivada de una expulsión penal, se aplicará contra ella la expulsión directa. Por tanto, el régimen se diferencia con la única justificación de haber sido capaz de superar los controles establecidos en las fronteras españolas. Si los supera, el sujeto expulsado habrá de cumplir las penas que fueron sustituidas; si es detectado en frontera volverá a iniciarse el cómputo de la prohibición de entrada.

De acuerdo a la legislación de extranjería, lo que corresponde cuando un sujeto contra el que pesa una prohibición de entrada es detectado en frontera es la devolución (art. 58.3.a LOEx). En este procedimiento administrativo no se requiere la tramitación de un expediente de expulsión sino que se ejecutará de forma directa, siempre con la salvaguardia de los derechos de asistencia jurídica y de asistencia de intérprete. Debe ser a eso a lo que se refiere la norma cuando menciona expulsión directa.

Tras la devolución volverá a iniciarse el cómputo del plazo de prohibición de entrada.

Otras cuestiones

Por último, se hará referencia a algunas cuestiones generales, con especial relevancia a los aspectos procedimentales.

En primer lugar, ha de hacerse referencia a que la decisión de la expulsión se adopta en sentencia y, de no ser posible, una vez declarada la firmeza de la sentencia con la mayor urgencia oídas las partes.

En este sentido, ha de mantenerse la exigencia de que la solicitud de aplicación de la sustitución por expulsión por las acusaciones se realice en el trámite de calificación provisional y no en el de calificación definitiva. En efecto, sólo a través de la solicitud en fase de calificaciones provisionales se garantiza la posibilidad para la persona procesada de alegar y acreditar las circunstancias personales o su condición de nacional de un Estado de la UE.

Todo ello supone, por supuesto, la exigencia de la motivación de la decisión de sustituir la pena de prisión por expulsión.

Hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015 la expulsión se podía establecer en la sentencia, en un auto motivado posterior –en el caso de penas de prisión inferiores a seis años- o durante su ejecución –en el caso de cumplimiento de la pena privativa de libertad y acceso al tercer grado o cumplimiento de las tres cuartas partes de la pena-

La nueva regulación parece imposibilitar que la sustitución, en los casos de penas superiores a cinco años, se adopte durante la ejecución de la misma, como permitía la regulación anterior. Esa referencia a adoptar la sustitución en sentencia o, una vez declarada la firmeza de la sentencia, con la mayor urgencia, resulta de difícil compatibilización con la imposición de la sustitución parcial a lo largo del cumplimiento de la pena. Más aún cuando, como se ha indicado, esta sustitución parcial fijará, normalmente, el tiempo de cumplimiento efectivo previo a la sustitución.

El distanciamiento entre la decisión de expulsar y la efectiva expulsión lo que imposibilitaría adecuar la resolución a la situación efectiva del penado, que puede modificarse durante el período de cumplimiento. Esto resulta especialmente claro cuando se hace referencia a supuestos de afectación de vínculos familiares sobrevenidos que no obtienen protección alguna con el sistema planteado tras la reforma.

Por otra parte, si la persona extranjera no queda privada de libertad en ejecución de la pena, podrá acordar su ingreso en el CIE. La Circular 5/2011 de la Fiscalía General había considerado que el ingreso en un CIE debería quedar limitado a la expulsión por penas de localización permanente, responsabilidad subsidiaria por impago de multa o penas de prisión inferiores a tres meses

En tanto en cuanto en la redacción actual ninguna de estas penas dan lugar a la expulsión, el mantenimiento de esta mención resulta controvertido.

A este respecto, la situación ya se regulaba por la Disposición adicional 17ª de la LO 19/2003 que contemplaba la ejecución de la pena privativa de libertad hasta que la autoridad gubernativa procediese a llevar a cabo la expulsión, en un plazo máximo de 30 días, salvo causa justificada que lo impidiese.

Tampoco se ha puesto solución al problema del abono del tiempo de este internamiento para el caso de que la pena de prisión haya de ser finalmente cumplida, bien porque la persona extranjera regrese a España antes de haber transcurrido el período de prohibición de entrada fijado, bien porque, finalmente no se pueda llevar a efecto la expulsión.

Si no se puede expulsar, la persona extranjera pasa a ser tratada como si fuera nacional. Se procede, por tanto, a la ejecución de la pena o de lo que restase. Se mantiene la posibilidad, recuperada tras la reforma de 2010, de que se apliquen, en su caso, las circunstancias para la suspensión en la ejecución de las penas, una solución mucho más acorde con el principio de igualdad e interdicción de la arbitrariedad

Por último, ha de hacerse referencia a la reversibilidad de la 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.

Reflexiones finales

El artículo 89 CP al generalizar la expulsión introduce un régimen discriminatorio por nacionalidad que hace expulsables a casi 5 millones de residentes. En paralelo, se crea un sistema particularizado y complejo que compromete la seguridad jurídica y que obligará a los abogados penales a convertirse en auténticos expertos en Derecho de Extranjería para manejar los distintos conceptos y peculiaridades que el sistema incorpora.

La expulsión cada vez es menos una expulsión sustitutiva y se plantea como una expulsión cumulativa, en la que, tras el cumplimiento de la pena de prisión se procede a la ejecución de la expulsión.

Otra de las cuestiones que se plantea es cuál es el contenido actual del artículo 57.2 LOEX. Hay que tener en cuenta que este artículo preveía la expulsión de las personas extranjeras que hubiesen cometido un delito castigado con una pena de prisión de más de un año. Por ello, se produce una concurrencia con el nuevo artículo 89 CP que ha llevado a algún autor a plantear la derogación tácita del artículo 57.2 LOEX. Sin embargo, la práctica no parece que será esa, sino la de la posibilidad de que, tras haber decidido el juez penal la improcedencia de la sustitución de la pena de prisión por la expulsión, la Administración la aplique por la vía del artículo 57.2 LOEX.

Por último, quisiera cerrar con una reflexión y para ello conviene traer a colación las palabras de la FGE en su Circular 7/2015 cuando afirma que *“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”*.

Pues se equivoca la FGE puesto que sí merecen el mismo tratamiento penal. Concretamente, el tratamiento penal del cumplimiento ordinario de la pena correspondiente. Así, quien vive en España ha de cumplir la pena correspondiente en las mismas condiciones que una persona española y quien viene a territorio nacional a cometer un delito ha de cumplir la pena puesto que lo contrario tendría efectos criminógenos.