
LA EXPULSIÓN JUDICIAL DE EXTRANJEROS

Autor: José Enrique Pérez Palací

www.prolex.org

<mailto:prolexenrique@hotmail.com>



[@prolexblanes](https://twitter.com/prolexblanes)

BLOG: <http://prolexabogados.wordpress.com/>



La expulsión judicial de extranjeros by José Enrique Pérez Palaci is licensed under a Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional License.

Fecha publicación: 28/08/14: Revisión 1

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	3
1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 89 CÓDIGO PENAL.....	3
1.1 Concepto de Pena privativa.....	4
1.2 Fundamentos y finalidades de la expulsión judicial	4
1.2.1 Los fundamentos de la expulsión	4
1.2.2 Finalidades de la expulsión.....	4
1.3 Plazos de no retorno de la expulsión judicial.....	7
1.4 Elementos a alegar y valorar en la adopción de la expulsión judicial	7
2. EXCEPCIONES A LA EXPULSIÓN JUDICIAL.....	8

INTRODUCCIÓN

La expulsión judicial de extranjeros como medida de seguridad de sustitución de las penas privativas de libertad es una opción político criminal adoptada por el Reino de España a fin de evitar la permanencia del condenado extranjero en nuestro país, pero no como medio de prevención general de delitos, sino más bien, encauzada a desmasificar las cárceles españolas.

La sustitución de la pena privativa de libertad está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico en el Artículo 89 ¹ del Código Penal y que fue introducida allá por el año 2000 (LO 8/2000), siendo modificado por las LO 11/2003 y 5/2010.

1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 89 CÓDIGO PENAL

La expulsión del extranjero del territorio nacional, al margen de la prevista por el Reglamento de Extranjería como respuesta sancionadora frente a infracciones administrativas, está prevista por el Artículo 89 del CP modificado por la LO 5/2010, de 22 de junio y prevé la expulsión si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que la pena privativa de libertad impuesta sea inferior a seis años,

¹ Artículo 89. [Suspensión para extranjeros]

1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

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

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

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

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

7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código.

b) y que el extranjero no esté residiendo legalmente en España,

todo ello salvo, se aprecien razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, y siempre previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, y por tanto, respetando y garantizando los principios de contradicción y defensa.

También podrá acordarse a lo largo del cumplimiento de la pena privativa de libertad la expulsión con las mismas garantías previstas en el párrafo anterior.

1.1 Concepto de Pena privativa

Se entiende por pena privativa a los efectos cuanto dispuesto por el Artículo 35 del Código Penal, a saber, "[...] *la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.*", debiendo acordarse la sustitución de la misma por la expulsión, bien en ejecución de sentencia, bien a lo largo del cumplimiento de la pena (Artículo 89.5 Código Penal), como sería el caso de celebración del juicio en ausencia (Artículo 786 LECRIM ²), o bien cuando no ha podido practicarse prueba alguna sobre la situación de arraigo o la situación administrativa del condenado, si bien más de las veces (en cuanto a la segunda) en la detención del condenado se habrá solicitado por el cuerpo policial actuante a la DGP certificado sobre la situación administrativa en España, la cual tras consulta en el fichero informático ADEXTTRA, del Registro Central de Extranjeros informará sobre el resultado de la situación administrativa, y ello aun cuando el momento procesal oportuno para valorar el juez la situación del condenado es la fecha de celebración del juicio, o bien, la fecha de dictado del auto de ejecución acordando la sustitución de la pena privativa de libertad.

1.2 Fundamentos y finalidades de la expulsión judicial

1.2.1 Los fundamentos de la expulsión

- 1.2.1.1 La consideración de que el delito perpetrado por el extranjero infractor le señala como una amenaza para la seguridad y/o el orden público de nuestra sociedad;
- 1.2.1.2 La convicción de la inutilidad de una intervención reeducadora y de reinserción social durante el cumplimiento material de una pena privativa impuesta a un extranjero no residente legalmente en España, que no se ha integrado en nuestra sociedad o lo ha hecho con una contrastada incapacidad o ausencia de voluntad de respetar las leyes penales españolas.

1.2.2 Finalidades de la expulsión

El hecho de la expulsión del extranjero condenado a una pena privativa de libertad superior a seis años tiene, igualmente, su finalidad en:

² Artículo 786.1 párrafo segundo LECRIM: "La ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente, o en el domicilio o en la persona a que se refiere el artículo 775 , no será causa de suspensión del juicio oral si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años."

En primer lugar, evitar que por el hecho de permanecer en un establecimiento penitenciario se den relaciones sociofamiliares inexistentes a la fecha de inicio del cumplimiento de la pena que luego se conviertan en elementos a tener en cuenta en la solicitud de regulación de la situación administrativa, legalizando su estancia futura en España, tal y como fue acordado en el Auto de 1 de julio de 2014 dictado por la Secc. 5ª de la Audiencia Provincial de Valencia en que considera que el arraigo del penado junto con el hecho de que la sentencia fuera dictada de conformidad, y no habiéndose acordado en la misma la sustitución de la pena por la expulsión, así como por haber residido legalmente en período anterior al dictado de la sentencia condenatoria son motivos suficientes para que no se acuerde la expulsión.

Ahora bien, hay que tener en cuenta cuanto declarado en la reciente Sentencia de 16 de enero de 2014 dictada por la Sala Segunda del Tribunal de la Unión Europea en el [asunto C-378/12](#), en que ante el planteamiento de cuestiones prejudiciales ³ sobre si el período de cumplimiento de la ejecución de la pena privativa de libertad debe o no computarse a efectos de adquirir un "*derecho de residencia permanente*" termina acordando que los periodos estancia en prisión no computan a efectos de adquisición residencia permanente ⁴.

En segundo lugar, la "*inocuidación*" o "*neutralización*" ⁵ del reo, para que evitar con la expulsión judicial nuevos ataques al ordenamiento jurídico y en definitiva contra la sociedad, al menos durante el período temporal judicialmente establecido, en el que dicho reo ve cerrado el regreso a nuestro país.

³ "1. ¿En qué circunstancias, en su caso, un período de encarcelamiento puede considerarse período de residencia legal a efectos de adquirir un derecho de residencia permanente en virtud del artículo 16 de la Directiva 2004/38?. 2. Si el período de encarcelamiento no constituye un período de residencia legal, ¿puede una persona que ha cumplido una pena de prisión sumar los períodos de residencia anteriores y posteriores a su encarcelamiento a efectos de calcular el período de cinco años necesario para adquirir un derecho de residencia permanente en virtud de la Directiva?"

⁴ "1) El artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, debe interpretarse en el sentido de que los períodos de estancia en prisión en el Estado miembro de acogida de un nacional de un país tercero, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que ha adquirido el derecho de residencia permanente en dicho Estado miembro durante tales períodos, no pueden computarse a efectos de la adquisición por ese nacional del derecho de residencia permanente en el sentido de la referida disposición.

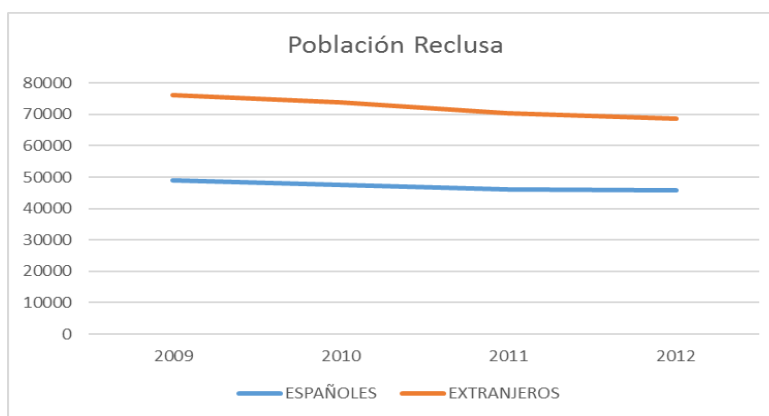
2) El artículo 16, apartados 2 y 3, de la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que la continuidad de la residencia se interrumpe por los períodos de estancia en prisión en el Estado miembro de acogida de un nacional de un país tercero, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que ha adquirido el derecho de residencia permanente en dicho Estado miembro durante tales períodos".

⁵ "*inocuidación*"(esto es hacer inofensivo al autor) o "*neutralización*" del peligro del sujeto (es decir, desvirtuar la capacidad criminal del mismo), para conseguir la reinserción o rehabilitación social del autor.

En definitiva ante supuestos de un condenado extranjero se pretende, en aras de la seguridad comunitaria, resucitar la vieja idea de lograr hacer inofensivo al sujeto peligroso (delincuente reincidente no corregible, a quien aludiera Von Liszt ⁶).

En tercer lugar, la reducción de los niveles de sobreocupación de un sistema penitenciario ya de por sí colapsado, que ha alcanzado unas tasas casi sin parangón y en el que la población reclusa representa casi la mitad de la misma; así como por razones económicas relacionadas con los costes de permanencia del reo en el centro penitenciario.

	2009	2010	2011	2012
ESPAÑOLES	48917	47614	45970	45704
EXTRANJEROS	27162	26315	24502	22893
	55,53%	55,27%	53,30%	50,09%



Y es que pese a todo, y cumplida la condena, el extranjero no comunitario está abocado a una expulsión gubernativa, como previsto por el 57.1 y 2 de la LO 4/2000 en relación con el Artículo 53.1, apartado a) del mismo cuerpo legal, y ello en cuanto que es causa de expulsión, no sólo el hallarse irregularmente en territorio nacional, sino el hecho de haber sido condenado a una pena privativa de libertad superior a un año ya sea por condena dentro o fuera de España y tan inmediata suele ser la expulsión administrativa que, la mayor parte de las veces, a internos que se encuentran cumpliendo en el Centro Penitenciario, la policía los está esperando en la puerta para proceder a su expulsión (bien por ya existir acuerdo de expulsión o bien para abrirle un procedimiento preferente y, sin solución de continuidad y en menos de 72 horas, acordar una resolución de expulsión firme y, por lo tanto, inmediatamente ejecutable), sin perjuicio de que y en previsión se solicite por parte del Instructor del expediente administrativo, al juez de instrucción competente, el internamiento del extranjero en un CIE, período de internamiento que se mantendrá durante la tramitación del expediente, sin que en ningún caso supere el plazo de los sesenta días.

⁶ "Contra los incorregibles debe la sociedad protegerse y como no queremos decapitar ni ahorcar, y no podemos deportar, sólo queda la cadena perpetua(o por tiempo determinado" Enrique Bacigalupo, Principios del Derecho Penal, Parte General, 4^o Edición, Akal, Madrid, 1997

⁷ Según resultados obtenidos en la web del INE para los años 2009 a 2012 (<http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft18%2Fa052&file=inebase&L=0>)

1.3 Plazos de no retorno de la expulsión judicial

En el caso de que se adoptara la expulsión prevista por el Artículo 89 del Código Penal el extranjero expulsado no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, debiendo tener en cuenta para la graduación del tiempo de no entrada tanto la duración de la pena sustituida como las circunstancias personales del penado, debiendo cumplir la pena sustituida si regresara a España antes de haber transcurrido el periodo de tiempo establecido; ahora bien, para el caso de que 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.

1.4 Elementos a alegar y valorar en la adopción de la expulsión judicial

Principalmente cabe alegar y deben ser valorados los elementos que se dirán, garantizando, en cualquier caso, las relaciones familiares y de arraigo del condenado por aquellos delitos cuya pena no supere los seis años (delitos menos graves).

Antes de adoptar una decisión – teniendo en cuenta si el comportamiento del condenado constituye una amenaza actual y real para el orden público - el juez debe considerar, obviando en cualquier caso razones nacionales de orden económico, los siguientes elementos:

- la duración de la residencia del condenado en el territorio español,
- la edad del condenado,
- los vínculos que tuviere con España, ⁸
- la ausencia de vínculos en el país de origen,
- las consecuencias de la expulsión para el condenado
- la gravedad o el tipo de delito.

Por tanto, el letrado del condenado debe comprobar los siguientes extremos:

Que no hubiera sido condenado penalmente por una conducta tipificada como delito en los artículos 312, 313, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal.

Que reúna el tiempo necesario para tener derecho a percibir, a su excarcelación o cumplimiento, una prestación contributiva por desempleo, acudiendo a la vía del Artículo 57.5, d) de la LO 4/2000 ⁹.

⁸ Es de destacar la STC 186/2013, de 4 de noviembre en que interpuesto recurso de amparo por una supuesta vulneración del derecho a la intimidad familiar y de las libertades de circulación y residencia por una ciudadana y madre argentina sin la documentación exigible para residir en España y cumpliendo una pena privativa de libertad superior a un año acaba acordando nuestro TC que la orden de expulsión del territorio nacional no impide a la hija menor de edad el disfrute efectivo de sus libertades de circulación y residencia; el derecho a la vida familiar no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar, y que son "*los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el art. 57.2 LOEx, verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del art. 57.2 LOEx que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 del Consejo*".

2. EXCEPCIONES A LA EXPULSIÓN JUDICIAL

Si el reo lo fuera por la comisión de los delitos previstos y penados por los artículos 312, 313 y 318 bis del Código Penal (Tráfico ilegal de mano de obra, Emigración fraudulenta, o promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina) no podrá beneficiarse de la expulsión judicial, si la solicitare, ni podrá aplicarse la expulsión, si no que deberá cumplir la totalidad de la pena impuesta, sin perjuicio de cuanto dispuesto por la normativa penitenciaria.

⁹ "La sanción de expulsión no podrá ser impuesta a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: [...] Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral".