



Universidad Internacional de La Rioja
Máster en el ejercicio de la abogacía

Sustitución de pena privativa de libertad por expulsión en los ciudadanos extranjeros: artículo 89 del Código Penal

Trabajo fin de máster presentado por: Alejandro Reyero Ramos

Titulación: Máster en Ejercicio de la Abogacía

Área jurídica: Derecho Penal

Director/a: Beatriz Romero Flores

ÍNDICE

ÍNDICE	1
ABREVIATURAS	2
RESUMEN Y PALABRAS CLAVE	3
1- INTRODUCCIÓN	4
2- DESARROLLO	6
2.1 Contexto. Evolución histórica de la expulsión de extranjeros en el Derecho Penal.	7
2.2 Análisis del artículo 89	14
2.2.1 Análisis doctrinal	16
2.2.1 a) Sujetos afectados	16
2.2.1 b) Penas que dan lugar a la expulsión	21
2.2.1 c) Prohibición de entrada	24
2.2.1 d) Delitos en los que no procede la expulsión	26
2.2.1 e) Procedimiento de la expulsión	26
2.2.2 Análisis jurisprudencial	28
2.3 Aproximaciones al Derecho Comparado	34
2.3.1 Expulsión de extranjeros en Francia	34
2.3.2 Expulsión de extranjeros en Italia	37
3- CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFÍA	44

ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial

CEDH: Convenio Europeo de los Derechos Humanos

CESEDA: Código de entrada y de tránsito de los extranjeros y del derecho de asilo

CIE: Centro de Internamiento de Extranjeros

CIS: Centro de Investigaciones Sociológicas

CP: Código Penal

INE: Instituto Nacional de Estadística

INSEE: Instituto Nacional de Estadística y de Estudios Económicos de Francia

ISTAT: Instituto Nacional de Estadística italiano

ITF: *Interdiction du territoire français*

SS: Siguietes

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

En 2015, el gobierno aprobó la Ley 1/2015 de 30 de marzo por la que se reformaba el Código Penal. La sociedad pedía una reforma del mismo ante la relación del aumento de la criminalidad con la llegada masiva de inmigrantes en la primera década de este siglo. Por ello, una de sus modificaciones era la del artículo 89, referente a la sustitución de penas privativas de libertad por expulsión. Este artículo ha sufrido varias reformas a lo largo de los años y nunca nadie ha estado satisfecho completamente con su redacción. Esta última reforma introduce cambios como la no diferenciación de residente legal e ilegal extranjero o la modificación del número de años de la condena para acceder a la expulsión. El contexto, el derecho comparado y el análisis de la materia, tanto doctrinal como jurisprudencial, son las bases en las que se fundamenta este trabajo para intentar explicar este tema.

Expulsión-Reforma-Código Penal-Extranjeros-Inmigración

In 2015, the Spanish government approved the 1/2015 Law (30th of March), which reformed the Criminal Code. The society asked for a reform of the Criminal Law because of the relation of the increase of the criminality with the massive arrival of immigrants in the first decade of this century. For this reason, one of its amendments was the article 89, which refers to the substitution of custodial sentences by expulsion. This article has undergone several reforms over the years and no one has ever been completely satisfied with them. This last reform introduces changes such as the non-differentiation of legal and illegal foreign resident or the modification of the number of years of the condemnation to accede to the expulsion. Context, comparative law and the analysis of the matter, both doctrinal and jurisprudential, are the bases on which this work is based to try to explain this topic.

Expulsion-Reform-Criminal Law-Foreign-Immigration

1- INTRODUCCIÓN

España es un país cambiante por naturaleza. Y en el tema de la normativa no iba a ser menos, teniendo en cuenta, además, las ideologías de los principales partidos políticos del país.

La reforma del Código Penal de 2015 trajo consigo la modificación de uno de los artículos más polémicos del texto: el artículo 89. Pero en vez de solucionar los problemas que tanto la doctrina como diferentes instituciones habían planteado respecto del mismo, no ha hecho más que traer a la palestra nuevas controversias.

Este artículo es el que se refiere a la sustitución de pena privativa de libertad por expulsión en los ciudadanos extranjeros.

El aumento de la inmigración en los últimos años (tanto la legal como la ilegal), y el aumento de la tasa de delitos de nuestro país, ha propiciado que la sociedad relacione ambos hechos. Ante ello, el legislador se encuentra en la tesitura de intentar paliar esa idea que estaba en la sociedad.

“La respuesta de nuestro ordenamiento jurídico al comportamiento delictivo del ciudadano extranjero parece que opta por intentar coordinar una respuesta penal y administrativa a través de la figura de la expulsión”¹.

La polémica está servida, ya que, entre otras muchas cosas, deja de lado la política de reinserción por la que tanto se abogaba en su día. Por otro lado, los Centros de Internamiento de Extranjeros (donde se lleva al condenado hasta que se ejecute su expulsión) están a la orden del día, y mucho más después de los distintos movimientos sociales que ha habido en nuestro país en los últimos años.

A través de este trabajo se intentará realizar un análisis de todo lo que rodea a la sustitución de la pena por la expulsión, en base al artículo anteriormente mencionado.

¹ Recio M., 2015, “Claves de la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal” en Diario La Ley, número 8602, p.2

En una primera parte del mismo titulada “Contexto. Evolución histórica de la expulsión de extranjeros en derecho penal”, si intentará dilucidar el cómo y el por qué se ha llegado a esta situación. Se darán una serie de datos para apoyar nuestra teoría, así como ejemplos en los que se podrá comprobar como la política también participa en esa situación. A continuación, nos adentraremos en el mundo normativo, realizando un breve análisis por todas las reformas que ha habido del artículo hasta la que nos atañe hoy en día.

En la segunda parte del trabajo, denominada “Análisis del artículo 89 del Código Penal” se intentará que el lector comprenda de una manera rápida el entramado de la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión en los ciudadanos extranjeros. Se hará desde una doble perspectiva. La primera será un análisis de la sustitución en base al artículo 89 del CP vigente hoy en día. Se distribuirá este apartado en otros cinco, para así realizar el análisis de un modo más ordenado y práctico. En la segunda parte de ese análisis, los tribunales y juzgados, tanto nacionales como comunitarios, cobrarán un protagonismo relevante. A través de diferentes casos intentaremos aclarar diferentes aspectos de la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, que tal vez no hayan quedado claros en la parte más “teórica”. De este modo, y mediante ejemplos prácticos, el lector podrá arrojar un poco más de luz sobre este asunto.

En la tercera parte del trabajo, el lector podrá descubrir como los países de nuestro entorno, tanto Francia como Italia, actúan ante la sustitución de la pena por la expulsión del extranjero. Comprobaremos si la situación geográfica y la cultura parecida entre los tres países, es óbice para tener una legislación semejante o, por el contrario, cada país ha ido por un derrotero diferente.

Por último, se plantearán unas conclusiones en las que se hará un resumen de lo comentado hasta el momento, y el autor aportará unas reseñas finales para dar el broche de oro a esta exposición.

En cuanto a las fuentes que se utilizarán para realizar el trabajo, serán sobre todo de carácter doctrinal, siendo el grueso de las mismas obras de diferentes autores y artículos de revista. No dejaremos de lado datos ofrecidos por los distintos Institutos de Estadística. Por otro lado, utilizaremos jurisprudencia, tanto

nacional como europea, para darle el carácter práctico que esta exposición se merece.

En cuanto al método de trabajo empleado, se realizará una interpretación objetiva de los diferentes recursos utilizados para intentar plasmar los mismos dando el autor su toque personal.

No quisiera finalizar esta introducción sin agradecer a Don Julián Ríos Martín, profesor de Derecho Penal de la Universidad Pontificia de Comillas, ya que fue él quien me inculcó el interés por esta materia.

Solo espero que el lector disfrute tanto de la lectura del trabajo como yo redactándolo.

Concluiremos esta introducción con una cita de Juan Manuel Batuecas que da que pensar: “La expulsión del extranjero, junto con la devolución y rechazo en frontera, constituye la más firme arma de un estado para impedir la entrada en sus fronteras del extranjero no deseado, y por tanto, la forma más eficaz de aplicación de políticas de cierre de fronteras”².

2- DESARROLLO

En este apartado del trabajo intentaremos detenernos en varios aspectos.

Por un lado realizaremos una pequeña aproximación histórica, en lo referente a normativa, al tema que hacemos referencia, así como de un contexto de cómo se encuentra la situación tanto en los últimos años como actualmente.

A continuación penetraremos en el fondo de la cuestión que nos atañe: la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión en base al artículo 89 del Código Penal. Nos acercaremos a este asunto tanto con un análisis doctrinal como jurisprudencial.

Por último, la comparación con distintos países de la legislación de la sustitución de pena privativa de libertad por expulsión en los extranjeros se hace

² Batuecas J.M., 2005, “La expulsión del extranjero en la legislación española”, editorial ECU, Alicante, p.9

imprescindible para saber en qué marco se mueve la sociedad europea en este asunto.

2.1 Contexto. Evolución histórica de la expulsión de extranjeros en el Derecho Penal.

España, debido a su situación geográfica y a la calidad de vida, es un país que, en la mayoría de su historia, ha recibido personas provenientes de otros países.

Este hecho se ha acrecentado en los últimos años, sobre todo a partir de la década de los 80. La entrada de España en la Unión Europea (UE en adelante) en 1986 (junto con Portugal) abrió nuevas posibilidades en materia de libre circulación de personas con el resto de países de la Unión, tanto de inmigración, como de emigración de nuestros propios compatriotas.

Del mismo modo, para los países sudamericanos (a excepción de Brasil) la barrera del idioma no supone tal cosa, y es otro incentivo para que estas personas se vean atraídos por nuestro país.

Finalmente, la cercanía con las costas africanas, hace que los países de África del Norte se vean atraídos con la posibilidad de establecerse en nuestras fronteras.

Según el Instituto Nacional de Estadística (INE en adelante), además de los países de la UE, China, Marruecos o países sudamericanos como Colombia o Ecuador, son los países de los que más inmigrantes hay en España³.

Si acudimos a los datos que nos aporta el Gobierno cada trimestre de cada año, vemos que desde 1995 hasta 2015, el número de inmigrantes (legales) en España ha crecido en torno a 4.500.000 de personas (de los casi medio millón de extranjeros de 1995 a los cerca de 5.000.000 que tenemos ahora)⁴.

³ Cifras de Población a 1 de enero de 2016, Estadística de Migraciones 2015, Adquisiciones de Nacionalidad Española de Residentes 2015, Nota de Prensa del INE del 30 de Junio de 2016, Consultado el 7-11-2016 (<http://www.ine.es/prensa/np980.pdf>).

⁴ Datos extraídos de la web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Tablas de Resultados), Consultado el 7-11-2016 (http://extranjeros.empleo.gob.es/es/estadisticas/operaciones/concertificado/201606/Residentes_Tablas_PR_30-06-2016.pdf)

Esta crecida de inmigraciones a nuestro país (no todas de ellas legales), sumado al crecimiento de la tasa de criminalidad en la primera mitad de la década pasada (creció exponencialmente desde el año 2000 hasta el 2008⁵), produjo en la población un sentimiento de que ambos hechos estaban conectados.

Como muestra de ello, el Senador del PSOE Don José Castro Rabadán, en el año 2002, le formuló la siguiente pregunta al Presidente del Gobierno de aquel año, Don José María Aznar: “¿Cuáles son las causas que provocan el aumento de la criminalidad en España según el Gobierno?”. Aunque en la respuesta se mencionaban hasta seis causas del aumento de la criminalidad en nuestro país, una de ellas era “el aumento del número de inmigrantes ilegales existente en nuestro país”.⁶

Del mismo modo, en 2005, el diputado del Partido Popular Ángel Acebes, recriminaba a la bancada socialista, en el gobierno en aquel año, la política migratoria que había llevado a cabo desde su llegada al gobierno en 2004. Según el exministro popular, estas políticas estaban propiciando la aparición de bandas (sobre todo latinas) y, por ende, el aumento de robos, asesinatos y homicidios⁷.

Y por último, otro ejemplo es el suceso protagonizado en 2010 por Xavier García Albiol, candidato para las elecciones municipales de Badalona que se celebrarían en 2011. El candidato popular se encargó de repartir panfletos vinculando la delincuencia y la inseguridad con la aparición de varios poblados rumanos en la localidad⁸.

Pero no solo en los políticos se ha visto esta relación de la inmigración y la delincuencia. También la sociedad tiene esta idea implantada. Según una encuesta realizada por el Centro de Investigaciones Sociológicas (en adelante CIS) en 1996 (cuando la población inmigrante en España no llegaba al 1,5 %), el 49% de los encuestados opinaron que “el aumento de los inmigrantes favorece

⁵ Datos extraídos de http://elpais.com/elpais/2014/07/17/media/1405598391_771398.html (Consultado el 7-11-2016). Fuente del artículo el Ministerio del Interior.

⁶ Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, número 371 de 27 de febrero de 2002, Serie primera, página 18.

⁷ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, de 24 de mayo, número 180.

⁸ Oliver J., Arango J., Aja E., 2012, “La Hora de la Integración”, *Anuario de Inmigración de España 2011*, Barcelona, pp. 264 y ss.

el incremento de la delincuencia en nuestro país”⁹ Actualmente esta cifra ha ido descendiendo hasta situarse en torno al 25 % de los encuestados.

Estos son múltiples ejemplos de lo comentado anteriormente, es decir, el pensamiento en la sociedad y en nuestros representantes de la relación entre inmigración y delincuencia. No podemos afirmar si son nuestros propios representantes los que han inculcado esta idea en la sociedad, o por el contrario, es un sentimiento popular que han cogido los representantes políticos¹⁰.

Con este caldo de cultivo, no es de extrañar que el legislador intentara solucionar esta preocupación. Por ello aparece en este momento de la exposición una figura curiosa: “el populismo punitivo”¹¹. Esta figura viene a significar que el legislador intenta satisfacer las necesidades de la opinión pública a través de reformas penales. Pero, en palabras de Sánchez Silva, “que el derecho penal aparezca como último recurso ante el fracaso de todas las demás instancias, no implica que constituya un respuesta adecuada”¹².

Y, como se ha ido comentando a lo largo de la exposición, una de las preocupaciones a lo largo de los primeros años de la década pasada era la relación entre inmigración y delincuencia.

Es evidente que el legislador no se apoya solo en un “clamor popular” para legislar. Si observamos los datos, llegamos a la conclusión de que el porcentaje de extranjeros en prisión en relación con el número total de reclusos en las cárceles españolas ha crecido notablemente. En el año 2000 la población reclusa total era de 45.104 personas y los extranjeros reclusos eran de 8.990, lo que supone cerca de un 20% del total. En el año 2005 las cifras eran de 61.054 reclusos totales y 18.616 extranjeros, lo que nos da un porcentaje del 30,5%. Y en el año 2010 estas cifras aumentan de la siguiente manera: 73.929 reclusos

⁹ Estudio CIS 2214, junio 1996, Consultado el 8-11-2016 (http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=1204&cuestionario=1351%CE%BCestra=4334).

¹⁰ De la Cuesta Arzamendi J.L., 2006, “Extranjería y privación de libertad”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 2006, pp. 39 y ss.

¹¹ Por ejemplo, mencionado en “El populismo punitivo. Análisis de reformas y contra-reformas del Sistema Penal en España (1995-2005)” realizado por el Observatorio del Sistema Penal y de los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona en el año 2005, en *Cuadernos de Barcelona, Ciudadanía y Derechos del Ayuntamiento de Barcelona*.

¹² Sánchez Silva J., 2009, “El populismo punitivo”, *Escritura Pública*, número 55, p.15.

totales, 26.315 extranjeros, y un porcentaje de extranjeros en nuestras cárceles del 35,6%¹³.

Esto quiere decir que a principios de siglo, una quinta parte de nuestros presidiarios eran extranjeros, y que diez años después, es un tercio de la población carcelaria la que no ha nacido dentro de nuestras fronteras.

La primera aparición en un Código Penal de la expulsión de extranjeros como tal, nos remonta al CP de 1928, que en su artículo 90.4 mantenía la expulsión de extranjeros del territorio como una posible media de seguridad que era “consecuencia de los delitos y faltas o un complemento a las penas”. Esta figura no vuelve a aparecer en ningún Código Penal hasta 1995, aunque sí que aparece en Leyes como la Ley de Vagos y Maleantes¹⁴, en la Ley de Peligrosidad¹⁵, o en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985 (la antigua Ley de Extranjería) que decía lo siguiente: *“Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro Ordenamiento Jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1”*¹⁶.

Centrándonos a partir de ahora en la normativa más actual, ya en su texto original de 1995, el CP incluía en el mismo artículo de ahora, es decir, el 89, la sustitución de pena privativa de libertad por expulsión. Pero existen grandes diferencias entre el artículo primigenio y el que está vigente en nuestros días. La diferencia más visible se encuentra ya en el apartado primero del artículo. Hoy en día, cabe la posibilidad de expulsión de ciudadano extranjero en los casos en los que la pena privativa de libertad sea inferior a un año; sin embargo, en el

¹³ Datos obtenidos del Anuario de 2010 del Ministerio del Interior, Consultado el 7-11-2016 (www.mir.es/file/52/52707/52707.pdf)

¹⁴ Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933, publicada en la Gaceta de Madrid, número 217.

¹⁵ Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social.

¹⁶ Ley Orgánica 7/1985 de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, Boletín Oficial del Estado número 158 de 3 de julio de 1985, consultado el 9-11-2016 (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r0-lo7-1985.t4.html)

texto original de 1995, esa cifra de años era de seis, y en el texto se decía “un extranjero no residente legalmente en España”¹⁷.

Otra diferencia notable es que el primer articulado tenía solo tres apartados y el actual tiene nueve. Con respecto a la legislación anterior, excluía la expulsión en base a un procedimiento de multa o a penas privativas de derechos.

Las reformas que ha ido sufriendo nuestro artículo 89 del Código Penal son las siguientes: la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre que reformaba la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (no es una reforma al uso, sino que la reforma de la Ley Orgánica de Extranjería incidió en el artículo 89 del CP); La Ley Orgánica 11/2003 de 29 de Septiembre; la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio; y la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo¹⁸.

Se ha mencionado en el anterior párrafo la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante Ley de Extranjería). Esta ley, en sus artículos 57 y 58 llamados “Expulsión del Territorio” y “Efectos de la expulsión y devolución”, se refiere también a la expulsión del extranjero del territorio español. Este tipo de expulsión no es penal sino administrativa, es decir, no es objeto de estudio de nuestro trabajo. Pero es cierto que es uno de los gérmenes de la actual regulación sobre la sustitución de la pena por la expulsión de los extranjeros, por ello nos detendremos sucintamente en ella.

Dice el artículo 57.1 esta ley: *“Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1¹⁹ de esta Ley*

¹⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, número 81 de 24 de Noviembre de 1995, consultado el 8-11-2016 (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r0-lo10-1995.l1t3.html#a89).

¹⁸ Torres Fernandez M^a.E., 2012, *“La Expulsión de Extranjeros en Derecho Penal”*, Madrid, La Ley, p. 11.

¹⁹ **a)** Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente. **b)** Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida. **c)** Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la

*Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción*²⁰. Para que se produzca esta expulsión administrativa, es necesaria la tramitación del correspondiente expediente administrativo de expulsión, diferencia notable con la expulsión penal, decidida por un juez. Del mismo modo, los motivos de expulsión administrativa están tasados en el artículo 53, denominados conductas graves (ver nota al pie número 13) y en el 54 que recoge las conductas muy graves.

Si nos atenemos a los datos que nos aporta el Informe General de Instituciones Penitenciarias, en el año 2000 se produjeron 30 expulsiones administrativas, en el 2005 hubo 140, y en el 2009 hubo 58 expulsiones de esta índole²¹.

Volviendo a las reformas sufridas por el artículo 89 desde 1995, nos detenemos en este punto en la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. Esta ley se encargó de reformar ciertos artículos del CP, entre los que se encuentra el artículo 89. De esta Ley queremos destacar una parte de su exposición de motivos que dice lo siguiente: “...se logra una mayor eficacia en la medida de expulsión, medida que, no podemos olvidar, se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y que han delinquido. En definitiva, se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando

declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito. Cuando cualquier autoridad tuviera conocimiento de una posible infracción por esta causa, lo pondrá en conocimiento de las autoridades competentes con el fin de que pueda instruirse el oportuno expediente sancionador. **d)** El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley. **f)** La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

²⁰ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Boletín Oficial del Estado, número 10 de 12 de Enero de 2000. Consultado el 8-11-2016 (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo4-2000.t3.html#a57)

²¹ Excarcelaciones de Internos Extranjeros, consultado el 8-11-2016 (www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Informe_General_2009.pdf)

*así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto*²². Este fragmento de la exposición de motivos nos da una de las razones del porqué de este artículo: evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España. Del mismo modo, el Tribunal Supremo (en adelante TS) en su Sentencia 901/2004 de 8 de julio decía que esta reforma *“era una versión más endurecida contra los inmigrantes ilegales condenados por un delito”*.

De la reforma llevada a cabo por la Ley 5/2010 de 22 de junio, destacamos que se añaden cuatro apartados, que sumados a los tres que había forman un total de siete.

Y llegamos a la reforma que está vigente en estos momentos: La Ley Orgánica 1/2015 de 30 de Marzo. Es en esta ley donde se añaden dos apartados más al articulado, formando los nueve de los que disponemos en este momento. El análisis de esta reforma, la actual, se hará en posteriores apartados de una manera más extensa.

A través de este apartado se ha podido comprobar el contexto en el que se encontraba España para articular un precepto tan polémico como el artículo 89 del CP. De la misma manera, se ha visto también la evolución de la legislación del mencionado artículo a través de las sucesivas reformas que se han producido en torno a él.

Me gustaría concluir este apartado con una cita de Doña María Elena Torres Fernández: “[...]España un país de destino de la inmigración por motivos económicos, y tuvo como reflejo en el sistema penitenciario nacional una escalada en las cifras de internos extranjeros en las prisiones españolas, que pasan a percibirse como un serio problema, tanto por las especiales necesidades que plantean como colectivo, como por las dificultades de adaptar los aspectos del régimen de progresión en grado a penados, que carecen de vínculos personales y redes sociales, que les faciliten el cumplimiento de condena fuera

²² Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, Boletín Oficial del Estado, número 234 de 30 de Septiembre de 2003. Consultado el 8-11-2016 (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo11-2003.html)

del medio carcelario, y hagan más humana la extinción de su responsabilidad penal, avanzando hacia el objetivo de la resocialización”²³.

2.2 Análisis del artículo 89

Antes de entrar en análisis profundos del artículo, nos gustaría hacer unas breves reflexiones sobre un asunto relativo a la expulsión de extranjero del territorio nacional.

Mucho se ha discutido estos años sobre la naturaleza que tiene la expulsión que recoge el artículo 89, concretamente, si tiene una naturaleza de pena, de medida de seguridad no privativa de libertad, de condición suspensiva del cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad o un híbrido entre sanción administrativa y una medida sustitutiva de la pena.

Autores como la ya citada M^a. Elena Fernández²⁴, José Ángel Brandariz García²⁵ o Josefa Muñoz Ruiz²⁶, entre otros, han dado sus puntos de vista sobre este hecho.

Algunos autores²⁷, opinan que la expulsión tiene una naturaleza de pena, y sustentan su argumentación en decir que se englobaría en el artículo 33.3 apartado g) del CP: *“La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años”*. Relacionan este apartado con el 89.5 que consiste en la prohibición que tiene el expulsado de entrar en territorio español.

Sin embargo, otros autores²⁸, consideran la expulsión una medida de seguridad no privativa de libertad. Esta posición, “bebe de la tradición histórica del Derecho

²³ Torres Fernández M^a.E, op.cit. p. 13.

²⁴ En la obra ya comentada “La expulsión de los extranjeros en Derecho Penal”

²⁵ En la obra de 2011 “Sistema Penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal”, Editorial Comares, Granada

²⁶ En la *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* en el artículo “La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas”. Año 2014.

²⁷ Entre ellos G. Rodríguez-Ramos en el “Comentario al artículo 89” del Código Penal comentado de 2010.

²⁸ Entre ellos B. Mapelli y J.M. Terradillos en la obra “Las consecuencias jurídicas del delito” Editorial Aranzadi, Navarra, año 1996

Penal español en el que la expulsión de personas extranjeras se ha venido configurando, de forma habitual, como una medida de seguridad”²⁹.

Otro autores³⁰, opinan que tiene naturaleza de condición suspensiva del cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad y se apoyan, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) 242/1994, de 20 de julio que en su fundamento jurídico cuarto dice: *“la expulsión es alternativa al cumplimiento de la verdadera pena, que en todo caso deberá cumplirse si el extranjero regresa a España, porque la expulsión, en sí misma, no satisface la responsabilidad civil o penal derivada del delito...”*. Esta sentencia estableció, en su momento, que sustituir la pena por la expulsión no se podía convertir en una medida de aplicación discrecional³¹.

Por último, diversos autores³² opinan que la naturaleza de la expulsión es un híbrido que iría entre la sanción administrativa (ya comentada en el anterior apartado) y una medida sustitutiva de la pena. Sus argumentos se basan en las múltiples relaciones existentes entre ambos tipos de expulsiones, y en la Sentencia 24/2000 del Tribunal Constitucional, de 31 de enero, que dice que la naturaleza de la pena es una sanción administrativa que debe tener como requisito una autorización judicial.

La nueva reforma no ha despejado dudas sobre este respecto. Nosotros compartimos la opinión de considerar la naturaleza de la expulsión como una pena, porque aunque no esté recogida como tal en el artículo 33 del CP, “si su funcionamiento es como el de una pena, si tiene los efectos de la pena, si sustituye a pena, ha de considerarse que se trata de una pena”³³.

²⁹ Boza Martínez D.2016, “La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP”, Thomson Reuters- Aranzadi, p.261.

³⁰ Entre otros M. García Esteban o J.M. Sánchez Tomás.

³¹ Yañez Velasco R., 2015, “Extranjero y proceso penal. Controversias sobre la expulsión del territorio nacional”,Derecho Español Contemporáneo, p.138

³² Entre otros A. Batarrita en “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración” en la obra “Inmigración y derecho penal: bases para un debate” de Patricia Laurenzo, editorial Tirant lo Blanch, del año 2002.

³³ Boza Martínez D. op.cit. p. 271

2.2.1 Análisis doctrinal

En este apartado se hará un análisis profundo sobre el artículo en base a la doctrina que se ha escrito sobre ello.

Como se ha comentado en la evolución del artículo, este ha pasado de tener siete a nueve párrafos. Lo reseñable es que solo tres de esos siete antiguos párrafos no han sufrido modificaciones.

A partir de este momento, seguiremos la estructura de análisis que sigue Diego Boza Martínez en su obra *“La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP”*. Nos ha parecido la más adecuada teniendo en cuenta la extensión del artículo y la infinidad de doctrina que hay sobre el tema.

Los apartados serán los siguientes: sujetos afectados, penas que dan lugar a la expulsión, prohibición de entrada, delitos en los que no procede la expulsión y procedimiento para la expulsión.

2.2.1 a) Sujetos afectados

Ya en las primeras líneas del artículo, y habiendo seguido la evolución normativa sobre la expulsión, hay ciertos aspectos que chocan. Y el que más destaca es que se ha cambiado *“extranjero no residente legalmente en España”* por *“ciudadano extranjero”*.

Esta mención cambia radicalmente los estudios sobre este artículo ya que, como se ha comentado en la evolución normativa, hasta esta última reforma solo podía ser expulsado el ciudadano que residiera ilegalmente en nuestro territorio. Sin embargo, ahora puede ser expulsado cualquier ciudadano extranjero, sin tener en cuenta el grado de su residencia.

Cabe destacar que cuando el Código Penal menciona *“ciudadano extranjero”*, no se está refiriendo en ningún caso a ciudadanos de la UE. *“La inclusión de los nacionales de Estados miembros de la UE no admite duda por el propio*

contenido del artículo 89 que en su párrafo 4 contempla la regulación de la expulsión de estas personas”³⁴. Esto se comentará más adelante.

Volviendo a la “legalidad” del residente extranjero en España, ha creado mucha polémica ya que, anteriormente, se podía diferenciar entre el residente legal y el ilegal, siendo el primero perteneciente “a un colectivo de extranjeros, residentes legalmente en España, con una situación previa de permanencia indicativa de la existencia de raíces sólidas, para quienes las necesidades durante la extinción de la responsabilidad penal no son diferentes de las de un nacional”³⁵.

En palabras de Rodríguez Mesa, “si el extranjero se encuentra legalmente en España se ve sometido al ordenamiento sancionador español en virtud del principio de territorialidad por lo que la imposición de la expulsión solo puede encontrar su fundamento en una condición personal como es la nacionalidad, produciéndose de este modo un trato desigual no razonable”³⁶.

Sin embargo, con la reforma, esta distinción queda difusa y equipara a esos extranjeros que se suponen tienen raíces en nuestro país con los inmigrantes ilegales.

Además, esta distinción choca con la fundamentación que se había venido dando hasta ahora de que la expulsión era una forma de que la pena y su cumplimiento no se convirtieran en formas de permanencia en nuestro país (comentado ya anteriormente en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre).

Resulta curioso que en el párrafo seis del artículo se pueda leer la siguiente frase: “*La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.*”. Este párrafo se refiere a los extranjeros que tengan abierto expediente para recibir la autorización para residir o trabajar en España. Por lo tanto, se está refiriendo a extranjeros en situación irregular.

³⁴ Boza Martínez D. op.cit. p. 275

³⁵ Brandariz J.A., 2011, “Sistema Penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal”, Editorial Comares, Granada, p.226

³⁶ Rodríguez Mesa M.J., 2006, “La expulsión del extranjero del ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica” en Ruiz Rodríguez L.R., “Inmigración y sistema penal”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 255 y ss.

Pero nada se dice sobre lo que ocurre con el permiso de trabajo y residencia de los extranjeros legales en España. Mucho se ha criticado este hecho. Incluso hay autores como Miguel Ángel Iglesias Río³⁷ que aboga por la supresión de este párrafo.

“Sea como fuere, la omisión es una nueva evidencia de la deficiente técnica legislativa utilizada en esta reforma. En este caso, para salvar la coherencia del sistema, este error del legislador exigirá de un doble procedimiento: el penal para la imposición de la expulsión y el administrativo para la extinción de la autorización de residencia de larga duración”³⁸.

Pero hay otros autores que ven en esta reforma “una mejora sustancial, que aleja la expulsión judicial de su instrumentalidad al servicio de la lucha contra la inmigración ilegal, para acercarla a una auténtica medida de carácter penal”³⁹.

Es en este punto cuando comentaremos dos casos a destacar sobre la subjetividad del afectado: los ciudadanos de la UE y las excepciones por motivos de arraigo.

En el primer anteproyecto (año 2012) nada se decía de los ciudadanos comunitarios. Por ello, distintos órganos (como el Consejo de Estado⁴⁰ o el Consejo fiscal⁴¹) analizaron este hecho, y el legislador se vio en la obligación de introducir varios cambios.

El ciudadano europeo se encuentra protegido por el artículo 20 del TFUE, que le confiere el derecho de residir y circular libremente por todos los Estados Miembros. Pero este derecho está sometido a limitaciones, es decir, no es un derecho absoluto⁴².

La nueva legislación se basa en la Directiva 2004/38/CE⁴³, que en su artículo 27, establece el límite de circulación de los ciudadanos comunitarios en la seguridad

³⁷ Iglesias Río M.A., 2015, “La expulsión de extranjeros” en Quintero Olivares G., “Comentario a la reforma penal de 2015” Editorial Aranzadi, Pamplona, pp. 177 y ss.

³⁸ Boza Martínez D., op. Cit, p.279

³⁹ Recio M., op.cit., p 3

⁴⁰ Dictamen del Consejo de Estado del 27 de junio de 2013.

⁴¹ Informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013.

⁴² Leganés S, 2015, “La expulsión de los penados del Código Penal de 2015” *Diario La Ley*, número 8579, pp.1 y ss.

⁴³ Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004, consultado el 17-11-2016 (<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:158:0077:0123:es:PDF>)

y el orden público. Así en nuestro artículo se menciona: *“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”*.

La legislación europea es diferente en cuanto a la española en que separa esos dos planos: por un lado el artículo 27.2 de la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004: *“La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general”*⁴⁴; y por otro lado el artículo 28.1 de la misma directiva: *“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”*⁴⁵.

La normativa europea, como es lógico, está más desarrollada que la española, en este sentido.

El artículo 89.4 continúa de este modo: *“Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además:*

- **a)** *Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.*
- **b)** *Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal”*.

⁴⁴ Artículo 27.1 de la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004, ibíd.

⁴⁵ Artículo 28.2 de la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004, ibíd.

En el caso a), la normativa española solo exige que el delito se castigue con penas de más de cinco años y que haya riesgo de reincidencia. Sin embargo, en la normativa europea se alega porque la expulsión cabe en los casos en que haya una imperiosa necesidad pública. Parece que el texto español es más severo en estos casos.

En cuanto al caso b) solo queremos comentar que según el TJUE⁴⁶, los diez años que el ciudadano hubiera residido en España deben contarse antes de la comisión del delito.

En cuanto a las excepciones de expulsión por razones de arraigo, nos referimos al primer párrafo del apartado 4 del artículo 89 que reza así: *“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”*.

Debemos tener en cuenta, que el TEDH⁴⁷ viene exigiendo el control de las diversas circunstancias personales que envuelven al autor del delito para proceder a su expulsión, es decir, realizar un juicio de proporcionalidad.

En el caso Üner contra Países Bajos⁴⁸, el TEDH dio los cinco elementos de esa proporcionalidad: *“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”*.

Del mismo modo, la directiva 2003/109/CE⁴⁹ dice, en su artículo 12, que solo se podrá expulsar un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y grave para la seguridad y el orden público. Además, esta directiva, en el

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea de 16 de Enero de 2014 en el asunto Flora Mar Reyes contra Migrationsverket.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de febrero de 1991 Moustaqim contra Bélgica.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de octubre de 2006 Üner contra Países Bajos.

⁴⁹ Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de Noviembre. Consultado el 18-11-2016 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:l23034>)

mismo artículo da pautas para analizar la proporcionalidad de la expulsión: *“Antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros 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”*.

En España, solo se hace referencia a residentes de larga duración cuando se habla de ciudadanos de la UE, y, en cuanto al juicio de proporcionalidad solo se dice 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”*. Como se puede observar, la legislación española en este sentido es muy vaga, aun siendo posterior a la legislación comunitaria.

El TC, en 1994 (en sentencia citada anteriormente), se pronunció sobre la expulsión diciendo que *“los órganos judiciales valoraran las circunstancias del caso, y la incidencia de valores y bienes con relevancia constitucional (como el arraigo o la unificación familiar)”*⁵⁰. La palabra arraigo ha sido fruto de polémica en estos años. Incluso el Consejo Fiscal, en informe citado anteriormente⁵¹, recomendó el cambio de este vocablo, por su ambigüedad.

Para determinar que se entiende por arraigo, se deberá estar a lo que valore cada juez casuísticamente.

Como se ha podido comprobar, la legislación europea y la española en relación con la subjetividad del expulsado, aun compartiendo puntos en común, son diferentes sobre todo por la dejadez del legislador español.

2.2.1 b) Penas que dan lugar a la expulsión

El gran cambio existente entre la legislación anterior y la reforma de 2015 en lo relativo a las penas que dan lugar a la expulsión es la condena que da lugar a la

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 242/1994 de 20 de julio.

⁵¹ Informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013.

expulsión: ha pasado de penas superiores a seis años a tan solo penas superiores a un año.

Según el Consejo General del Poder Judicial, esta nueva limitación respeta de una forma mucho más adecuada el principio de proporcionalidad⁵².

Esta nueva cifra (penas superiores a un año), concuerda con lo referido en la UE, concretamente en la Directiva 2001/40/CE, en su artículo 3.1 a): *“La expulsión a que se refiere el artículo 1 concierne a los siguientes casos: a) el nacional de un tercer país es objeto de una decisión de expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales y adoptada en los casos siguientes: condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año”*.

Del mismo modo se ha cambiado el concepto “penas privativas de libertad” por “penas de prisión”, lo que da otro cariz al artículo.

De este modo se han limitado las penas que puedan acarrear expulsión. Dice el artículo 35 del CP: *“Son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa”*.

De esta forma, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa ya no conllevarán la expulsión del condenado. Realmente la localización permanente automáticamente hubiese quedado excluida de la expulsión ya que el tiempo máximo de esta figura es de seis meses.

Para finalizar este apartado, se comentarán los casos de cumplimiento parcial de la pena, para llevarse después el procedimiento de la expulsión. Este cumplimiento parcial viene recogido en dos apartados.

En primer lugar en el apartado dos del artículo 89: *“Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o*

⁵² Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 17 de enero de 2013.

parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional". Podríamos nombrar este cumplimiento como obligatorio.

Como se puede comprobar de la redacción del artículo, es el juez o el tribunal el que determinará el tiempo de condena que deberá cumplir el condenado antes de poder acceder a la expulsión. Entra en juego aquí el conflicto que surge de esta norma y el concepto del *non bis in ídem*, ya que el penado deberá estar fuera del territorio un mínimo de cinco años, aun cuando lo que le quede por cumplir de condena sea inferior. El Consejo General del Poder Judicial, en informe ya comentado, aconsejaba que se hubieran establecido unos criterios mínimos, y no dejarlo al libre arbitrio del juez⁵³.

En segundo lugar, es la segunda parte del apartado uno: *"Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional"*. Podríamos llamar a este tipo cumplimiento parcial excepcional.

Estaríamos en los casos en los que la pena supere el año, pero sea inferior a cinco. Lo general sería es la sustitución íntegra de la pena que vendría en lugar de la expulsión. Pero existe también la posibilidad de la expulsión como sustitución parcial. Sería en los casos en los que la expulsión no tiene ningún vínculo doloroso para el condenado, es decir, nada le une a nuestro país.

Pero como se menciona en el articulado, esta medida es solo para casos muy excepcionales, y siempre que haya cumplido dos tercios de la condena.

⁵³ Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 17 de enero de 2013.

2.2.1 c) Prohibición de entrada

Se recoge este concepto en los apartados cinco y siete del artículo 89: *“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”* y *“Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento.*

No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad”.

En cuanto a la duración de prohibición de entrar en territorio español, la nueva legislación ha mantenido los años que se introdujeron en la reforma de 2010: de cinco a diez años.

Pero la duración de prohibición de entrada penal, no coincide con la duración de prohibición de entrada administrativa, ya que como regla general, el artículo 58 de la Ley de Extranjería, da una duración de cinco años. Solo en casos muy excepcionales se va hasta los diez años (amenaza grave para el orden público o la seguridad pública).

La norma administrativa sigue las directrices comunitarias, concretamente la de la Directiva 2008/115/CE⁵⁴, que en su artículo 11.2 dice que *“la duración de la prohibición de entrada se determinará con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto y, en principio, su vigencia no excederá de cinco años. Podrá sin embargo exceder de cinco años si el nacional*

⁵⁴ Directiva 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, consultada el 18-11-2016 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0115>)

de un tercer país representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional”.

Se observa, una vez más, las incoherencias, no solo entre normativa europea y española, sino entre las mismas leyes españolas.

En cuanto a las consecuencias de romper esa prohibición de entrada, recogidas en el apartado siete del artículo 89, tampoco cambiaron mucho con respecto a la legislación anterior.

Se realiza la expulsión directamente (sin dejar de lado la asistencia de intérprete y la asistencia jurídica gratuita), además del comienzo de nuevo del cómputo de plazo para volver a tener derecho a entrar en el país o de cumplir la pena en las cárceles españolas.

La diferencia entre la asistencia jurídica gratuita y el intérprete, es que este último “no se condiciona a la carencia de recursos económicos, sino al simple hecho objetivo de que el extranjero sobre el que se abre procedimiento sancionador no comprenda o no hable las lenguas oficiales que se utilicen en el procedimiento”⁵⁵.

Lo novedoso con respecto a la legislación anterior es el hecho de que el juez podrá revisar el tiempo que le queda al condenado para poder tener derecho a regresar a España, en base a que *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.*

Estas circunstancias, como ocurre con las excepciones subjetivas del sujeto condenado a la expulsión, suelen ser circunstancias familiares o personales del sujeto en cuestión.

El problema de la nueva legislación, es que no ha resuelto el *non bis in ídem*, ya que si el penado es interceptado en la frontera, comenzará su cómputo de nuevo, cuando ya había cumplido parte de él.

⁵⁵ Selma A., 2014, “La expulsión de extranjeros no europeos del territorio español. Respuesta jurisprudencial ante situaciones atípicas” en *Revista de Derecho Migratorio*, número 37, p.217

“La cuestión de la prohibición de entrada, en cuanto principal elemento aflictivo de la expulsión, se manifiesta así como un aspecto de necesario análisis para la valoración de esta institución. La nueva regulación, aunque aporta alguna mejora no afronta las principales cuestiones especialmente en cuanto a su duración y al respeto al principio *non bis in ídem* en los casos de incumplimiento”⁵⁶.

2.2.1 d) *Delitos en los que no procede la expulsión*

Se recogen estos delitos en el apartado 9 del artículo 89: “*No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis*”.

Los tres últimos artículos ya estaban recogidos en la anterior legislación. La nueva reforma ha introducido el artículo 177 bis referente a la trata de seres humanos.

Los otros delitos en los que no cabe la expulsión son los recogidos en los artículos 312(tráfico de trabajadores), 313(simulación de contrato ilegal de inmigrante) y 318 bis (ayuda a la inmigración ilegal).

Para concluir este apartado cabe decir que hay autores que no están del todo de acuerdo con la inclusión de estos artículos, y abogan por que se estudie caso por caso las circunstancias de los delitos ya que el grado en el que se cometa el delito puede ser diferente de un individuo a otro⁵⁷. Hay muchos jueces que se acogen a este último inciso para dictar o no la pena de expulsión.

2.2.1 e) *Procedimiento de la expulsión*

⁵⁶Boza D., op. Cit P. 309.

⁵⁷ Martínez Escamilla M., 2014, “IV. Top Manta ayuda a la inmigración irregular y expulsión de extranjeros: la reforma de los artículos 270,274, 311 bis, 318 bis, 89 y 108 del CP” en Álvarez García F.J., “Informe de la sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de abogados de Madrid sobre los proyectos de reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (jurisdicción universal)”, Tirant lo Blanch, Valencia. P.96.

Se intentará hacer en este subapartado una visión general del procedimiento que se debe seguir en cuanto a la expulsión del extranjero.

Aunque parezca evidente, lo primero que se debe averiguar es si el extranjero es o no ciudadano de la UE, porque, tal como se ha visto, no tiene las mismas características que el ciudadano no comunitario en cuanto a la expulsión.

En la nueva redacción del artículo nada aparece sobre la audiencia de ninguna de las partes (extranjero y Ministerio Fiscal) antes de adoptar o no la medida de expulsión. Sobre ellos el Consejo de Estado ha mencionado que “deben poder expresar su opinión en relación con esta importante decisión de sustitución de la pena por la expulsión”⁵⁸.

Su no inclusión en el artículo no debe suponer que el extranjero no tenga tal audiencia, ya que se estaría contraviniendo un precepto constitucional, y más aún cuando en todo momento, el artículo señala que se atenderán las circunstancias personales del individuo.

En cuanto al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas en el proceso, parece claro afirmar que si tienen derecho a personarse una vez que se ha declarado la firmeza del asunto (apartado 3 del artículo 89) puedan personarse también cuando la sustitución se adopte en sentencia⁵⁹.

Además del Ministerio Fiscal, en 2004, el Tribunal Supremo dio unas directrices garantistas en el proceso (entre las que se encontraba la audiencia del extranjero, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas al proceso) que por lógica debieran seguir estando presentes en la actualidad⁶⁰. Como comenta Matías Recio, “se ha de dar una oportunidad al penado extranjero para realizar alegaciones en relación a la medida de expulsión, habilitando dentro del proceso un espacio para tales efectos”⁶¹.

Aunque el hecho de personarse esté implícito en el procedimiento, no hubiera estado de más mencionarlo en el artículo.

⁵⁸ Dictamen del Consejo de Estado de 27 de junio de 2013.

⁵⁹ Circular 7/2015 de 17 de Noviembre de 2015 de la Fiscalía General del Estado.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 901/2004 de 8 de julio de 2004.

⁶¹ Recio M. op.cit. p.5

El comienzo del procedimiento debe darse por solicitud expresa, y en ningún caso debe iniciarse de oficio. Del mismo modo, esta solicitud se debe hacer en el trámite de calificaciones provisionales y no en el de definitivas⁶².

Además del juicio de proporcionalidad que se debe hacer, la resolución de la expulsión debe estar suficientemente motivada por el juez.

No queremos finalizar este apartado sin mencionar los centros de internamiento de extranjeros que aparecen en el apartado ocho del artículo. En este apartado aparecen el internamiento cautelar y la imposibilidad material de llevarse a cabo la expulsión. Nada se menciona de cómo se computa el tiempo que el penado pasa en estos CIE. Estos centros de internamiento son fuente de polémicas en la actualidad⁶³.

Pero bien es cierto, que en el articulado echamos en falta un procedimiento específico en el que se recoja el cumplimiento voluntario del extranjero de abandonar el país tras haber sido condenado a la expulsión.

2.2.2 Análisis jurisprudencial

En este apartado del trabajo trataremos el análisis de la expulsión de extranjeros a través de sentencias que, a nuestro modo de ver, ayudarán al lector a entender mejor el tema en cuestión.

A lo largo de la exposición, ya se han ido nombrando y comentando varias sentencias que pasamos a resumir en este instante:

Sentencia del Tribunal Supremo 901/2004, de 8 de julio: en la reforma de 2003, el TS se pronunció diciendo que se había endurecido la legislación en el caso de expulsión de extranjeros. Además, en esta sentencia, se dieron unas garantías

⁶² Guisasola Lerma C., 2010, "Consideraciones Político-Criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal" en *Estudios penales y Criminológicos*, volumen 30, pp, 201 y ss.

⁶³ Por ejemplo el Grupo Parlamentario IU, ICV-EUiA, CHA: La izquierda plural puso una enmienda (la número 122) diciendo que en los CIE se encontraban los condenados a expulsión con los inmigrantes irregulares, y que no había distinción entre ellos. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 10 de diciembre de 2014.

que deberían estar presentes en todo juicio referente a la expulsión del extranjero (audiencia del extranjero, decisión motivada y ampliación de la excepción de la expulsión)⁶⁴.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Constitucional 242/1994 de 20 de julio, dictó que se deberían tener en cuenta las circunstancias personales del extranjero antes de llevar a cabo la expulsión. Del mismo modo, esta sentencia dictaminó que sustituir la pena por la expulsión no se podía convertir en una medida de aplicación discrecional.

También se han venido mencionando sentencias comunitarias. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de febrero de 1991 Moustaquim contra Bélgica, nos decía que se debían tener en cuenta las circunstancias personales del individuo en cuestión antes de proceder a su expulsión, es decir, realizar un juicio de proporcionalidad (como la anterior sentencia del TC de 1994).

En otra sentencia del TEDH, concretamente del 18 de octubre de 2006 Üner contra Países Bajos, se nos daban los elementos que debían tenerse en cuenta para realizar el juicio de proporcionalidad antes de la expulsión del extranjero del territorio.

Por último, el TJUE, en su sentencia del 16 de Enero de 2014 en el asunto Flora Mar Reyes contra Migrationsverket, nos decía que los diez años que el ciudadano hubiera residido en España deben contarse antes de la comisión del delito, en relación al apartado b) del párrafo cuarto del artículo 89 del CP.

Como se puede comprobar con las fechas de las Sentencias, no vamos a centrarnos únicamente en las sentencias más cercanas en el tiempo, sino en cualquier sentencia que sea útil para poder entender mejor el tema de la expulsión de extranjeros y su prohibición de entrada.

Debemos dejar claro también, que muchas de las Sentencias que se han dictado sobre el tema, ya no son válidas. Por ejemplo, la Sentencia del TS 919/1999 de 2 de junio, decía que el requisito principal para que el extranjero pudiera ser expulsado era que no tuviera residencia legal en España. Pero este requisito,

⁶⁴ Batuecas J.M., op.cit., p.53

con la entrada de la reforma de 2015, queda desvirtuado porque, como se comentó anteriormente, no diferencia entre extranjero legal e ilegal.

La primera sentencia que queremos traer a colación es la Sentencia 483/2016 de 3 de junio referente a un asesinato en el que es condenado un ciudadano extranjero. En el fallo de la sentencia de la AP se dice: *“La pena de prisión se sustituirá por la de expulsión de la acusada del territorio español, una vez que haya cumplido las tres cuartas partes de la pena de prisión, acceda al tercer grado penitenciario o se le conceda la libertad condicional”*. El motivo que dio el tribunal en este caso es que la acusada no tenía arraigo suficiente con nuestro país. La condenada presentó recurso, y en su primer argumento menciona en lo referente a la expulsión: *“tal medida ha sido adoptada de oficio por el Tribunal y sin petición por parte del Ministerio Fiscal, que en su escrito de conclusiones provisionales elevadas a definitivas no solo no pidió dicha expulsión, sino que expresamente se pronunció en el sentido de no solicitar tal medida”*. En su fallo, el TS desestima el punto de la expulsión.

Mediante esta sentencia queremos corroborar el hecho de que la solicitud de expulsión no puede hacerse de oficio, sino que debe presentarla una de las partes. Del mismo modo, en el primer fallo, se puede comprobar que son *“los jueces y tribunales los que establecen, en todo caso, que parte de la pena impuesta debe ser efectivamente cumplida en prisión”*⁶⁵.

La siguiente sentencia que queremos subrayar es la Sentencia del TS 832/2006 de 24 de julio en la que se condena a dos extranjeros por tráfico de drogas. Además, se les impuso una pena de expulsión. Pero esta expulsión, tal como expone la sentencia, fue de aplicación automática, inmotivada, no se escuchó a las partes y ni se realizó un juicio de proporcionalidad ni de ponderación. Por ello, el TS, ante el recurso presentado por los representantes de los condenados, declara improcedente la expulsión, alegando que *“aunque el precepto no prevé la audiencia del condenado, aquel debe ser interpretado en clave constitucional”*.

Con esta sentencia, lo que queremos es confirmar que el penado debe tener garantizados los preceptos constitucionales en lo que a tutela judicial efectiva se

⁶⁵ Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, BOE número 81 de 31 de marzo de 2015. Consultado el 22-11-2016 (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439>)

refiere (artículo 24 de la Constitución española⁶⁶). En el mismo sentido, vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española concretamente, la Sentencia del TC 169/2912 de 1 de octubre o la Sentencia 431/2008 de 6 de octubre de la Audiencia Provincial de Tarragona.

La Sentencia 936/2015 de 14 de diciembre de la AP de Madrid dice lo siguiente en referencia al artículo 89 CP: “[...] En este caso dichas razones concurren plenamente pues si la expulsión fuera automática sólo serviría de incentivo para que otras personas se introdujeran en España portando sustancia estupefaciente ante la expectativa de no ser castigados, por lo que razones de prevención general indican que se fije en dos tercios la parte de la pena que ha de cumplir el acusado en España [...]”.

A través de esta sentencia se puede ver lo que se decía en su día en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. Del mismo modo en esta sentencia se observa un ejemplo procedente de expulsión.

El Auto del TS 435/2007 de 28 de febrero, nos va a servir para explicar otro concepto ya comentado durante el trabajo. La expulsión no siempre va a ser aplicable. Es lo que ocurre en este caso en el que, aunque los representantes del penado piden la expulsión, cuando se cumpliera el periodo en prisión acordado por el juez, el tribunal decide no acogerse a ella por la gravedad del delito cometido (delito contra la seguridad pública por tráfico de drogas, en su modalidad de conducta de extrema gravedad).

Como se ha comentado, el juez decidirá viendo las circunstancias de cada caso (no solo del individuo sino también la acción realizada) para decidir si aplica o no la expulsión.

⁶⁶ “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

Aunque no es objeto de análisis en este trabajo, queremos dejar constancia de que también se puede expulsar a un ciudadano extranjero a través de sustitución de sanción administrativa, como por ejemplo en la Sentencia 441/2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cantabria de 30 de mayo de 2012⁶⁷.

Es en este momento, una vez analizadas varias sentencias españolas, cuando nos adentraremos en la jurisprudencia comunitaria.

Sacamos a colación un punto importante en este punto del trabajo: el artículo 3 del CEDH: “*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”⁶⁸. Puede resultar extraño que se mencione en este trabajo un artículo referente a la tortura y a los tratos inhumanos, pero en realidad, la expulsión y estos conceptos están altamente relacionados.

Se entenderá mejor a través de un caso real.

El primer caso que presentaremos a modo de ejemplo es el que se enjuició en el TEDH el 28 de marzo de 2013. Es el caso I.K. contra Austria. Este es un caso en el que Austria ordena la expulsión del ciudadano checheno I.K. de su territorio a Rusia. El TEDH consideró que esta expulsión vulneraría el artículo 3 del CEDH, debido “al clima de impunidad y falta de investigación con el que los grupos rebeldes y las fuerzas del orden cometen violaciones de los derechos humanos en la región del Cáucaso Norte”⁶⁹. Lo que ocurría en este caso es que I.K. era hijo de un miembro de la seguridad chechena que fue asesinado por las fuerzas paramilitares rusas, y que él mismo había sufrido tortura y tratos inhumanos.

En la misma tesitura se mueve otro caso del TEDH: Raafla contra Francia del 30 de mayo de 2013. En esta sentencia el TEDH considera que la vida del penado corre serio peligro al expulsarle a Marruecos, ya que este país vulnera el artículo 3 del CEDH cuando se trata de individuos acusados de terrorismo.

⁶⁷ Castanedo M.E., 2014, “Examen de la Jurisprudencia existente relativa a los artículos 57 y 58 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero y su desarrollo reglamentario, y las sentencias de distintos TSJ sobre la materia” en *Revista de Derecho Migratorio*, número 36, p.263

⁶⁸ Artículo 3 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, consultado el 22-11-2016 (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/res050499-mae.t1.html#a3)

⁶⁹ Boza Martínez D., 2013, “Jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2012-2013)” en *Inmigración y Emigración: Mitos y Realidades. Anuario de la Inmigración en España en 2013*, Editorial CIDOB, Edición de 2014, p.282. Consultado el 22-11-2016. (<http://www.raco.cat/index.php/AnuarioCIDOBInmigracion/article/viewFile/287332/375574>)

A través de estos dos ejemplos, podemos comprobar que el artículo 3 tiene carácter absoluto, es decir, es un límite que no se puede cruzar, independientemente de cual sea la causa de la expulsión.

Por último, el artículo 8 del CEDH recoge el derecho a la vida familiar: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”⁷⁰. Este derecho también puede resultar un límite para la expulsión del extranjero de un Estado Miembro. Pero no del mismo modo que el límite del artículo 3 del CEDH.

El TEDH, a través de sus resoluciones, ha considerado que no todas las sentencias que conlleven expulsión del penado serán contrarias al artículo 8 del Convenio. En el caso Nasri contra Francia de 13 de julio de 1995, el TEDH da las tres condiciones para considerar justificada una afectación del artículo 8 del Convenio: legalidad de la medida, legitimidad de la medida y necesidad de la medida.

Como ejemplo de expulsión, a pesar de haber vivido en Francia desde los 5 años y no haber delinquido desde que tenía 20 y tener familia, es el caso Boujlifia contra Francia de 21 de octubre de 1997.

En el lado opuesto, es decir, que se consideró que la expulsión vulneraba el artículo 8 del CEDH, se encuentra el caso Udeh contra Suiza de 16 de Abril de 2013. El penado (por tráfico de drogas) era padre de dos menores, que tenían la doble nacionalidad.

A la conclusión que llegamos es que, en el tema de la vulneración del artículo 8 del CEDH, el TEDH no ha tenido un criterio claro, a pesar de haber dado unas condiciones, que no siempre sigue.

A través de la jurisprudencia presentada, se ha intentado exponer de manera práctica las cuestiones que, en opinión del autor del trabajo, no hubieran quedado claras en la exposición teórica.

⁷⁰ Artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, consultado el 22-11-2016 (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/res050499-mae.t1.html#a3)

2.3 Aproximaciones al Derecho Comparado

En este punto del trabajo, y después de haber profundizado tanto doctrinalmente como jurisprudencialmente en el artículo 89 del CP referente a la sustitución de la pena por la expulsión, nos parece conveniente tener una perspectiva más global del asunto de la expulsión de los extranjeros de territorio nacional.

Por ello, en este apartado se analizará, de un modo breve, como se trata la expulsión de extranjeros en dos países geográficamente cercanos a España: Francia e Italia.

La elección de estos dos países ha sido fruto de un meditado pensamiento, y la decisión final ha sido la de Francia e Italia por varios motivos: geográficamente, ambos países pertenecen no solo a Europa, sino a la Unión Europea; por otro lado, históricamente, han sido países que han recibido igual o mayor número de inmigrantes que España y, finalmente, al ser los tres países mediterráneos, tienen unas costumbres y una cultura parecidas.

En cada sección de este apartado haremos una breve introducción al contexto del país para que de esta forma se entienda mejor el porqué de las aplicaciones de las leyes vigentes en estos dos países.

2.3.1 Expulsión de extranjeros en Francia

Debemos tener en cuenta que Francia, debido a sus colonias, sobre todo africanas, desde el siglo XIX ha sido un país receptor de inmigrantes. Ya a principios del siglo XX aparecían en Francia movimientos en contra de los extranjeros que tenían discursos xenófobos hacia ellos⁷¹.

⁷¹ Mucchieli L. 2003, "Delinquance et immigration en France: un regard sociologique" *Criminologie*, volumen 36, número 2, pp.27 y ss.

Pero su mayor auge de recibimiento de inmigrantes comenzó a partir de la década de los 70 del siglo XX, sobre todo de sus antiguas colonias africanas.

Si nos atenemos a los datos del Instituto Nacional de Estadística y de Estudios Económicos de Francia (en adelante INSEE, que son sus siglas en francés), desde 1962, la población de extranjeros en Francia se ha multiplicado por dos, pasando de los 2.600.000 a los casi 5.500.000 de personas extranjeras que residen ahora en Francia⁷².

Es por ello que en el año 1980, entra en vigor la Ley de Bonnet de 10 de enero. Esta ley marca un carácter represivo en la legislación del asunto de los extranjeros⁷³.

Según dice el autor Diego Boza “Este temprano desarrollo legislativo, en comparación con los países europeos, ha propiciado que gran parte de la jurisprudencia del TEDH sobre la materia se desarrollara en relación con la legislación francesa sobre expulsiones”⁷⁴.

Actualmente, las normas vigentes sobre expulsión de extranjeros en el Derecho Francés son el Código de entrada y de tránsito de los extranjeros y del derecho de asilo (en adelante CESEDA) y el artículo 131-30⁷⁵ del Código Penal francés.

⁷² Instituto Nacional de Estadística y de Estudios Económicos de Francia, consultado el 10-11-2016 (www.insee.fr)

⁷³ Poelemann M., “El Derecho de los extranjeros en Francia en el marco de la penalización de los derechos” en López Aguilar J.F., Rodríguez-Drincourt J. (coord.), 2004, *Perspectivas y Fronteras de los derechos de los extranjeros*, Thomson Reuters, pp, 1401 y ss.

⁷⁴ Boza Martínez D. op.cit. p. 194

⁷⁵ “En los casos previstos por la ley, podrá imponerse la pena de prohibición de permanencia en el territorio francés, a título definitivo o por un periodo de hasta diez años, a cualquier extranjero culpable de un crimen o de un delito. La prohibición de permanencia en el territorio llevará aparejada, de pleno derecho, la reconducción del condenado a la frontera, una vez cumplida, en su caso, su pena de prisión o de reclusión. Cuando la prohibición de permanencia en el territorio acompañe a una pena privativa de libertad sin suspensión condicional, su aplicación se suspenderá durante el tiempo de ejecución de la pena. Se reanudará, por el periodo fijado en la sentencia condenatoria, a contar desde el día en que haya finalizado la privación de libertad. El tribunal no podrá imponer la prohibición de permanencia en el territorio francés sino mediante resolución especialmente motivada, a la vista de la gravedad de la infracción y de la situación personal y familiar del extranjero condenado, cuando se trate de: **1º** Un condenado extranjero padre o madre de un niño francés residente en Francia, con la condición de que ejerza, al menos parcialmente, la patria potestad con respecto al niño o que subvenga efectivamente a sus necesidades; **2º** Un condenado extranjero casado desde hace al menos un año con un cónyuge de nacionalidad francesa, siempre que este matrimonio sea anterior a los hechos que hayan motivado la condena, que no haya cesado la vida en común y que el cónyuge haya conservado la nacionalidad francesa; **3º** Un condenado extranjero que justifique que reside habitualmente en Francia al menos desde que cumplió la edad de diez años; **4º** Un condenado extranjero que justifique que ha residido habitualmente en Francia desde hace más de quince años; **5º** Un

Si nos atenemos a los datos sacados de la obra “Etrangers et delinquances, Les chiffres du debat” de Tournier y Robert⁷⁶ y de Los datos estadísticos de personas bajo la tutela de la justicia de la Dirección de la Administración Penitenciaria francesa, podemos afirmar que desde 1968 hasta 2013 la tasa de población extranjera en prisión se mantiene entorno al 15-20%. El problema radica en el periodo comprendido desde 1980 a 2007 en el que la tasa sube hasta pasado el 30%.

Este hecho provocó que la legislación comentada en nuestro país vecino se endureciera, tanto en la Ley Bonnet de 1980, como en el Código penal francés de 1992.

El artículo del Código Penal francés mencionado contempla la expulsión penal de extranjeros, aunque para diferenciarlo del español, a la expulsión francesa del Código Penal la llamaremos ITF (siglas en francés de *interdiction du territoire français*). El Código Francés cataloga a la ITF como una pena, ya que la enmarca dentro de la Sección 1 del Capítulo 1º del Título 3º, reservado a las penas que pueden aplicarse a las personas.

Estamos, realmente, ante una pena accesoria (recogidas en el artículo 131-10 del Código Penal francés), es decir, su ejecución se produce una vez que se ha cumplido la pena principal⁷⁷.

La forma de hacer este proceso, según Diego Boza, “conlleva la conducción del condenado a la frontera al expirar la pena de encarcelamiento y la prohibición de entrar en Francia; prohibición que puede ser definitiva o con una duración superior a 10 años”⁷⁸.

condenado extranjero titular de una pensión por accidente de trabajo o enfermedad profesional a cargo de un organismo francés y cuyo grado de incapacidad permanente sea igual o superior al 20%; **6º** Un condenado extranjero que resida habitualmente en Francia cuyo estado de salud necesite de una atención médica cuya ausencia pueda suponerle consecuencias de excepcional gravedad, salvo que pueda beneficiarse de un tratamiento apropiado en su país de origen”. Código Penal francés de 1992, consultado el 10-11-2016 (https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1969/13763/version/3/.../Code_56.pdf)

⁷⁶ Tournier P., Robert P., 1991, “Etrangers et delinquances, Les chiffres du debat”, Ediciones L’Harmattan, París,

⁷⁷ Gisti, 2014, “Le reforme de la doublé peine: les mesures transitoires”, Groupe d’information et de Soutien des Immigres, París, p.1

⁷⁸ Boza D., op. Cit. p.202

Mediante esta pena, puede ser condenado cualquier extranjero residente en Francia, sea cual sea su situación legal. Además, la ITF solo puede ser aplicada para delitos que se prevea, a diferencia con el sistema español que es acorde a la duración de la condena (actualmente la ITF está recogida para algo más de 200 delitos). Ejemplo de ello son el artículo 215-2 que regula los crímenes contra la humanidad; el artículo 422-4 que regula los delitos de terrorismo o el 434-30 que recoge la evasión de armas, entre otros.

Del mismo modo existen excepciones a la aplicación de la ITF, recogidas en los en el artículo 13-30 (ver cita al pie de página número 36). Debemos dejar claro que estas excepciones no son aplicables a todos los delitos. El Código Penal Francés también recoge los casos en los que no se aplicarán tales excepciones: atentados contra los intereses de la República, traición y espionaje, delitos contra la defensa nacional, terrorismo, falsificación de la moneda o participación en grupos y movimientos de combate.

Podríamos concluir diciendo, a modo de resumen, que la expulsión penal en Francia es una pena accesoria, impuesta por el juez. Además solo está prevista para ciudadanos extranjeros, lo que deriva en un carácter discriminatorio hacia este colectivo. La ITF tiene excepciones, y a su vez excepciones a las excepciones (casos en los que no se pueden aplicar las excepciones que recoge el Código Penal Francés). El tiempo mínimo de la ITF es de diez años, pudiendo no tener fecha de regreso el extranjero.

De forma sucinta, nos gustaría comentar también la opción de expulsión administrativa que existe en Francia.

La principal razón para hacer valer la expulsión mediante sanción administrativa es la de que el extranjero suponga una amenaza para el orden público (recogido en el artículo 511-1-II.1º del CESEDA). Otro motivo puede ser que la expulsión sea necesaria para preservar la seguridad nacional. También existen excepciones, utilizando las mismas categorías que la ITF penal.

2.3.2 Expulsión de extranjeros en Italia

Si hablamos de Italia, nos referimos a un país de características más similares a España que Francia. Tiene cerca las costas africanas y un nivel de inmigración muy parecido al español, que ha aumentado a partir de la década de los 80, al igual que en España⁷⁹.

Según los datos del Instituto Nacional de Estadística de Italia (ISTAT en adelante), la tasa de extranjeros en el país transalpino creció del 1,8% (en torno a un millón y medio de personas) en el año 2003, a un 8,5 por ciento (cinco millones de personas) en el año 2015. Esto supone un incremento de casi un 7% en la tasa de extranjeros y de tres millones y medio de personas⁸⁰.

En cuanto al porcentaje de personas extranjeras en las cárceles italianas, la cifra de 2003 y la de 2014 no distan mucho, ya que solo ha aumentado un uno por ciento (del 31,36 % al 32,56%). Pero como en España y Francia, en torno a 2007 tuvo su mayor pico con un 37,48 %⁸¹.

Si nos centramos ya en la expulsión de extranjeros, la normativa en la que debemos fijarnos es en el artículo 215.4 del Código Penal italiano, el artículo 15 del Texto Único de Inmigración y el artículo 86 del Texto Único de drogas⁸².

Estos textos tratan a la expulsión del extranjero como una medida de seguridad no privativa de libertad, configurada para sujetos imputables que conlleven gran peligro en su persona, es decir, con posibilidad de reincidir.

El artículo 211 del Código Penal italiano prevé que la expulsión se ejecute después del paso por prisión del extranjero, o después de que se indique la irrevocabilidad de la sentencia⁸³.

En cuanto a los delitos en los que cabe la expulsión del extranjero, el Código Penal italiano es igual al español, en el sentido que tiene en cuenta la duración de la condena, concretamente cabrá la expulsión del extranjero en los casos en

⁷⁹ De Giorgi A., 2005, "Tolerancia cero: Estrategias y prácticas de la sociedad de control", Editorial Virus, Barcelona, p.84.

⁸⁰ Datos sacados del Instituto Nacional de Estadística italiano, consultado el 11-11-2016 (www.istat.it)

⁸¹ Ibid., consultado el 11-11-2016 (www.istat.it)

⁸² Cordi L., 2011, "L'espulsione dello straniero", Editorial Giuffrè, Milán, p.22

⁸³ Casadonte A., 2004, "Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili penalistici" en Nascimene B., "Dirittodegli stranieri", editorial Cedam, Padua, pp. 634 y ss.

los que la condena sea superior a dos años (en 2008 se cambió la cifra ya que en el texto primigenio la duración debía ser superior a diez)⁸⁴.

Pero existen delitos propios en los que también cabe la expulsión si se cometen. En el artículo 312 del Código Penal italiano se recoge el delito contra la personalidad del Estado, que conllevaría consigo la expulsión del extranjero; del mismo modo, otro delito que lleva aparejada la expulsión es el artículo 15 del Texto Único de Inmigración, que recoge delitos para los que sea necesario arresto obligatorio o potestativo en flagrancia (es una imposición facultativa, a diferencia de los delitos del Código Penal italiano en los que se debe dar un carácter de peligrosidad); por último, el artículo 86 del Texto Único de drogas, prevé delitos asociados con el tráfico de estupefacientes, y los delitos relacionados con el mismo. Estos delitos también conllevan la expulsión del extranjero.

Cabe destacar aquí el hecho de que es necesario el juicio de peligrosidad para que se pueda producir la expulsión para los delitos que se recogen en el Código Penal italiano y para los del artículo 86 del Texto Único de drogas⁸⁵.

En cuanto al tiempo en el que el extranjero no puede regresar a territorio italiano, el Código penal no dice nada. Tan solo en su artículo 207 especifica que será cuando el sujeto deje de ser considerado peligroso, y después de haber hecho nuevamente un juicio de peligrosidad favorable (artículo 208). El artículo 235 párrafo segundo, nos da la clave para saber que ocurre con el extranjero condenado a expulsión si regrese antes de que se dicte su no peligrosidad. Nos dice que se le impondrá una nueva pena de prisión de uno a cuatro años⁸⁶.

Para finalizar, debemos mencionar que el Derecho Penal italiano prevé también excepciones, como el francés, para la expulsión de extranjeros. Concretamente estas excepciones se prevén en el artículo 19 del Texto Único de inmigración. Entre otras, algunas de estas excepciones son: que el extranjero pueda ser

⁸⁴ Boza D., op.cit. p.216

⁸⁵ Sentencia de la Corte Constitucional Italiana de 24 de febrero de 1995, número 58.

⁸⁶ Código Penal italiano, consultado el 11-11-2016 (<http://www.diritto.it/codici/titolo/60-codice-penale-della-estinzione-del-reato-e-della-pena>)

objeto de persecución por su sexo, raza, religión lengua,...Tampoco puede ser expulsado el menor de 18 años o mujeres que estén embarazadas.

Del mismo modo que en el caso español y en el caso francés, existe también en derecho italiano la expulsión administrativa. Existen cuatro motivos para imponer este tipo de expulsión: residencia irregular en el país, por sospechas de peligrosidad social, por motivos de seguridad y orden público y por entrada clandestina en el país.

Como se ha podido comprobar, el fenómeno de la expulsión de extranjero de un país no es un hecho aislado, sino que los países de nuestro entorno también disponen de normas que lo regulan. Se ha podido comprobar que en los tres ordenamientos (español, francés e italiano) existe tanto la expulsión penal como la administrativa, aunque dependiendo del país en el que nos encontremos, estas expulsiones son más severas que en el resto.

3- CONCLUSIONES

1- Al comienzo del trabajo, nos planteábamos cuales podían ser las razones por las que el legislador se había visto obligado a endurecer de tal forma el artículo 89 del CP.

En la primera parte del trabajo, se ha podido demostrar cual es esta razón. Según los datos que hemos ido ofreciendo a lo largo de la exposición, comprobamos como tanto la inmigración como la tasa de criminalidad habían subido, hasta tener su mayor pico en 2007. Estos hechos, relacionados o no, hicieron que la sociedad se empezara a preguntar si el aumento de la inmigración tendría algo que ver con la subida de delitos que estaba imperando. Los discursos, tanto políticos como públicos, vincularon los dos hechos. Por ello, para responder a estas demandas sociales, el legislador ha ido endureciendo cada vez más el artículo 89, hasta la reforma vigente.

Aunque bien es cierto, que no hay ningún estudio, informe o dato relevante que atestigüe que esa relación es cierta.

Pero, ¿por qué la expulsión? La respuesta nos la daba la exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre que decía que la razón de la expulsión era *“evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto”*⁸⁷.

Pero, a tenor de lo observado en la jurisprudencia, podríamos decir que este artículo tiene más una función de amenaza que de medida de represión.

Recordamos en este punto que no solo existe la expulsión penal o judicial, sino también la expulsión administrativa recogida en los artículos 57 y 58 de la Ley de Extranjería.

“La reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, elimina la sustitución ordinaria de las penas privativas de libertad, quedando tan solo contemplada la sustitución como instrumento para la expulsión de penados extranjeros, pero ahora con independencia de cuál sea su situación administrativa”⁸⁸.

Esta no diferenciación entre el extranjero que reside legalmente en España con el que es ilegal a todos los efectos, ha sido uno de los grandes cambios que se han producido en esta reforma. Pero no ha sido el único.

2- Se han disminuido los años de condena que dan acceso a la expulsión (de seis años o más se ha pasado a un año o más). Además se implementa un sistema de excepciones que no hace más que dificultar el entendimiento del artículo y, por ende, de la sustitución de la pena.

No se aplica de la misma manera la sustitución para un extranjero comunitario, que para otro no comunitario. Para el ciudadano comunitario se menciona, en el apartado cuarto del artículo 89, que solo se le podrá sustituir la pena por la expulsión *“cuando represente una amenaza grave para el orden público o la*

⁸⁷ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, Boletín Oficial del Estado, número 234 de 30 de Septiembre de 2003. Consultado el 8-11-2016 (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo11-2003.html)

⁸⁸ Recio M., op. Cit., p. 2

seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales”. Además, para los comunitarios que hubieran residido más de diez años en España antes de cometer el delito, se aplican otras características diferentes para la sustitución (artículo 89.4 CP).

Esta parte del articulado se basa en las normas europeas (por ejemplo en la Directiva 2004/38/CE o en el artículo 20 del TFUE).

La otra excepción introducida son las circunstancias personales como el arraigo, recogidos en el primer párrafo del apartado cuarto del artículo 89, refiriéndose a las misma como que se tendrán que tener en cuenta *a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada* ”.

Como se comentó en la exposición, la legislación, en este punto, es muy vaga, sobre todo en comparación con la normativa comunitaria, que es mucho más específica al respecto.

Con el cambio de duración de la condena para acceder a la sustitución, se ha dejado fuera del mismo la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Esta es una de las mejoras, según se ha comentado, que puede tener esta nueva reforma, ya que es una medida más proporcional.

De la prohibición de entrada se puede destacar el hecho de que, según la doctrina y según la opinión del propio autor, no respeta el principio del *non bis in idem* ya que el condenado es posible que cumpla mayor pena que la que se le impuso (en forma de expulsión).

El procedimiento de expulsión no tiene mucha complicación, salvando el hecho de que aunque no ponga nada en el articulado del texto penal, se entiende que tanto el penado, como el Ministerio Fiscal, como las partes personadas, tienen derecho a ser oídas, respetando su derecho constitucional.

3- En el apartado jurisprudencial, se han intentado dar casos reales par que el lector tuviera una visión mucho más práctica de la sustitución de la pena por la

expulsión, y de esta forma que entendiera mejor ciertos aspectos de los que, en la teoría, podrían quedar dudas.

Los países de nuestro entorno, como Francia e Italia, tienen también regulado en su legislación penal el tema de la sustitución de la pena por la expulsión. Aunque no de la misma forma, el resultado en los tres países es el mismo, lo que ayuda a motivar la razón del porqué esta medida tan polémica tiene aplicación en nuestro ordenamiento jurídico.

Una vez hecho un paseo por los puntos destacados del trabajo, el autor quiere plasmar sus conclusiones.

4- En primer lugar, opinamos que esta reforma del artículo 89 del CP no ha hecho más que aumentar la complicación de la norma que ya de por sí era difícil de entender. En vez de aclarar aspectos, lo que ha hecho esta reforma es dificultarlos aún más. Por ejemplo, el asunto de la audiencia del penado en el procedimiento, la no distinción entre inmigrante legal e ilegal o lo vago que es el articulado cuando se refiere a las excepciones de aplicar la sustitución.

5- En segundo lugar, entendemos que esta nueva reforma atenta contra principios constitucionales como el principio del non bis in ídem, el principio de seguridad jurídica o el derecho a una tutela judicial efectiva que, aunque se presuponga, no viene asegurada como tal en la norma.

6- Por último, queremos plasmar nuestra opinión sobre la solución que podría tener estos problemas que se han ido comentando a lo largo del trabajo. Creemos que las alternativas a esta reforma deberían ser dos: por un lado, se puede optar por la decisión de suprimir la expulsión penal, dejando solo vigente la administrativa, dotándola de mayor fuerza. De esta forma se estaría tratando proporcionalmente a los residentes extranjeros legales, que en principio debieran tener un trato igualitario con los propios nacionales del país. Además si se abogara por esta solución, se deberían incrementar las posibilidades de reinserción del penado. Pero esta solución tiene lagunas como que la expulsión administrativa es muy vaga en su desarrollo, y habría que, como se ha mencionado antes, dotarla de una mayor fuerza normativa e, incluso, de una propia ley que la desarrolle.

Por ello pensamos que la solución más razonable sería reformar el artículo 89 del CP. Esta reforma debería realizarse escuchando a los distintos agentes sociales que tendrían que participar en la misma, es decir, jueces, abogados, representantes de los afectados, el propio gobierno y expertos sobre la materia. De esta forma conseguiríamos una sustitución de pena privativa de libertad por expulsión consensuada, sin dejar nada al libre albedrío.

Creemos que esta solución sería la correcta porque las bases están ya asentadas, y tan solo se necesita un último empujón que ayude a la sustitución de pena privativa de libertad por expulsión a llegar a la meta que todos queremos.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos de revista

Batuecas J.M., 2005, “La expulsión del extranjero en la legislación española”, editorial ECU, Alicante.

Boza Martínez D. 2016, “La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP”, Thomson Reuters- Aranzadi

Boza Martínez D., 2013, “Jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2012-2013)” *Inmigración y Emigración: Mitos y Realidades*. Anuario de la Inmigración en España en 2013, Editorial CIDOB, Edición de 2014.

Brandariz J.A., 2011, “Sistema Penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal”, Editorial Comares, Granada.

Casadonte A., 2004, “Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili penalistici” Nascimene B., “Dirittodegli stranieri”, editorial Cedam, Padua.

Castanedo M.E., 2014, “Examen de la Jurisprudencia existente relativa a los artículos 57 y 58 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero y su desarrollo

reglamentario, y las sentencias de distintos TSJ sobre la materia” *Revista de Derecho Migratorio*, número 36.

Cordi L., 2011, “L’espulsione dello straniero”, Editorial Giuffrè, Milán.

De Giorgi A., 2005, “Tolerancia cero: Estrategias y prácticas de la sociedad de control”, Editorial Virus, Barcelona.

De la Cuesta Arzamendi J.L., 2006, “Extranjería y privación de libertad”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 2006.

Guisasola Lerma C., 2010, “Consideraciones Político-Criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal” *Estudios penales y Criminológicos*, volumen 30.

Iglesias Río M.A., 2015, “La expulsión de extranjeros” en Quintero Olivares G., “*Comentario a la reforma penal de 2015*” Editorial Aranzadi, Pamplona.

Leganés S., 2015, “La expulsión de los penados del Código Penal de 2015” *Diario La Ley*, número 8579.

Martínez Escamilla M., 2014, “IV. Top Manta ayuda a la inmigración irregular y expulsión de extranjeros: la reforma de los artículos 270,274, 311 bis, 318 bis, 89 y 108 del CP” en Álvarez García F.J., “Informe de la sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de abogados de Madrid sobre los proyectos de reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (jurisdicción universal)”, Tirant lo Blanch, Valencia.

Mucchieli L. 2003, “Delinquance et immigration en France: un regard sociologique” *Criminologie*, volumen 36, número 2.

Oliver J., Arango J., Aja E., 2012, “La Hora de la Integración”, *Anuario de Inmigración de España 2011*, Barcelona.

Poelemann M., “El Derecho de los extranjeros en Francia en el marco de la penalización de los derechos” en López Aguilar J.F., Rodríguez-Drincourt J. (coord.), 2004, *Perspectivas y Fronteras de los derechos de los extranjeros*, Thomson Reuters.

Recio M., 2015, “Claves de la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal” *Diario La Ley*, número 8602.

Rodríguez Mesa M.J., 2006, “La expulsión del extranjero del ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica” en Ruiz Rodríguez L.R., “*Inmigración y sistema penal*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

Sánchez Silva J., 2009, “El populismo punitivo”, *Escritura Pública*, número 55, p.15.

Selma A., 2014, “La expulsión de extranjeros no europeos del territorio español. Respuesta jurisprudencial ante situaciones atípicas” *Revista de Derecho Migratorio*, número 37.

Torres Fernández M. ^a. E, 2012, “La Expulsión de Extranjeros en Derecho Penal”, Madrid, Editorial La Ley.

Tournier P., Robert P., 1991 “Etrangers et delinquances, Les chiffres du debat”, Ediciones L’harmattan, París.

Yañez Velasco R., 2015, “Extranjero y proceso penal. Controversias sobre la expulsión del territorio nacional”, Editorial Derecho Español Contemporáneo.

Normativa

Convenio Europeo de los Derechos Humanos, de 5 de abril de 1999.

Directiva 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008.

Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004.

Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de Noviembre de 2003.

Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, número 77 de 31 de marzo de 2015.

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, Boletín Oficial del Estado, número 234 de 30 de Septiembre de 2003.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Boletín Oficial del Estado, número 10 de 12 de Enero de 2000.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, número 81 de 24 de Noviembre de 1995.

Ley Orgánica 7/1985 de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, Boletín Oficial del Estado número 158 de 3 de julio de 1985.

Código Penal Francés

Código Penal Italiano

Jurisprudencia

Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de mayo de 2013
Rafaa contra Francia.

Unión Europea. Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 16 de abril de
2013 Udeh contra Suiza.

Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de marzo de
2013 I.K. contra Austria.

Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de octubre de
2006 Ünner contra Países Bajos.

Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de
1997 Boujlifa contra Francia.

Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 1995
Nasri contra Francia.

Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de febrero de
1991 Moustaquim contra Bélgica.

Unión Europea. Tribunal Justicia de la Unión Europea de 16 de Enero de 2014
en el asunto Flora Mar Reyes contra Migrationsverket.

España. Tribunal Constitucional. Sentencia 169/2012 de 1 de octubre.

España. Tribunal Constitucional. Sentencia 24/2000 de 31 de enero.

España. Tribunal Constitucional. Sentencia 242/1994, de 20 de julio.

Italia. Corte Constitucional Italiana de 24 de febrero de 1995, número 58.

España. Tribunal Supremo. Sentencia 483/2016 de 3 de junio.

España. Tribunal Supremo. Sentencia 832/2006 de 24 de julio.

España. Tribunal Supremo. Sentencia 901/2004, de 8 de julio.

España. Tribunal Supremo. Sentencia 919/1999, de 2 de junio.

España. Tribunal Supremo. Auto 435/2007 de 28 de febrero.

España. Audiencia Provincial Madrid. Sentencia 936/2015 de 14 de diciembre.

España. Audiencia Provincial Tarragona. Sentencia 431/2008 de 6 de octubre.