



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO. ÁREA DE DERECHO PENAL

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

TESIS DOCTORAL

LA REINSERCIÓN SOCIAL DE LOS INFRACTORES EXTRANJEROS EN EL CÓDIGO PENAL

PRESENTADA POR: RODRIGO CAMPOS HELLÍN

DIRIGIDA POR: DRA. ELISA GARCÍA ESPAÑA


MÁLAGA 2019





UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

AUTOR: Rodrigo Campos Hellín

 <http://orcid.org/0000-0002-7626-1835>

EDITA: Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización pero con el reconocimiento y atribución de los autores.

No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer obras derivadas.

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA): riuma.uma.es



**INFORME RAZONADO Y CERTIFICADO DE
LA DIRECTORA DE LA TESIS DOCTORAL DE
RODRIGO CAMPOS HELLÍN**

Elisa García España, Profesora Titular del Área de Derecho penal del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Málaga, en calidad de directora de la tesis doctoral “La reinserción social de los infractores extranjeros en el Código penal”

HACE CONSTAR

Que RODRIGO CAMPOS HELLÍN ha realizado dicha tesis doctoral bajo mi dirección en el Departamento de Derecho Público. La tesis está revisada por mi y apta para ser depositada y defendida en acto público.

En Málaga a 19 de septiembre de 2019.



Fdo. Elisa García España

Universidad de Málaga

A mi profesora Elisa García España, por haber dirigido esta aventura y haberme ayudado a cerrar una etapa más en este camino.

*A mis padres, por haberme educado con la frase:
“En casa no existe la palabra derrota”.*

À Victoria Mélanie Sayoré, la lumière de ma vie.

A Sax Valhalla, por tanto...

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
PRIMERA PARTE.....	7
CAPÍTULO I. LA REINSERCIÓN SOCIAL Y LOS FINES DE LA PENA.....	7
I.1) Las teorías de los fines de la pena	7
I.1.1) Las teorías absolutas	8
I.1.2) Las teorías relativas.....	13
I.1.3) Las teorías mixtas o de la unión.....	14
I.2) Las teorías relativas de la pena y la prevención especial	17
I.2.1) La prevención general	18
A) La prevención general positiva.....	20
B) La prevención general negativa.....	25
I.2.2) La prevención especial negativa y positiva.....	30
A) La prevención especial negativa.....	34
B) La prevención especial positiva	35
CAPÍTULO II. LA REINSERCIÓN SOCIAL EN EL ARTÍCULO 25.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.....	41
II.1) Aproximación al ideal resocializador	41
II.2) Los elementos del ideal resocializador: la reeducación y la reinserción social	48
II.2.1) La reeducación	48
II.2.2) La reinserción social	54
A) La naturaleza jurídica de la reinserción social.....	55
A.1) La naturaleza jurídica de la reinserción social según la doctrina	56
A.1.1) La reinserción social como un mandato orientador del legislador.....	56
A.1.2) La reinserción social como un principio constitucional	61
A.1.3) La reinserción social como un derecho fundamental	63
A.2) La naturaleza jurídica de la reinserción social en la jurisprudencia	70
A.2.1) La naturaleza jurídica de la reinserción social en la jurisprudencia del TC	70
A.2.2) La naturaleza jurídica de la reinserción social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo	74
CAPÍTULO III. LA PÉRDIDA DE LA CREDIBILIDAD DE LA REINSERCIÓN SOCIAL	77
III.1) La caída de la reinserción social.....	77
III.1.1) La prisión como engranaje desocializador	81
III.1.2) Los sujetos pasivos de la reinserción social como límites a la misma.....	86
III.1.3) El papel negativo de la sociedad de cara a la reinserción social del infractor.....	89
III.2) Ausencia de delimitación de la reinserción social en la CE.	91

III.3) Las consecuencias de la pérdida de credibilidad de la reinserción social y de la ausencia de delimitación de la misma en la CE	92
SEGUNDA PARTE.....	94
CAPÍTULO IV. LA EVOLUCIÓN LEGAL DE LA EXPULSIÓN EN EL ÁMBITO PENAL ESPAÑOL	94
IV.1) La expulsión penal de los extranjeros y el artículo 89 del CP.....	94
IV.2) La reforma del artículo 89 tras la LO 8/2000.....	97
IV.3) Modificaciones introducidas tras la reforma de la Ley Orgánica 11/2003	99
IV.3.1) La exclusión de los mecanismos sustitutivos previstos en el CP	100
IV.3.2) La introducción del acceso al tercer grado como vía de expulsión	103
IV.3.3) La aplicación automática de la expulsión.....	108
A) El rechazo del TS a la automaticidad de la expulsión	111
A.1) La postura del TEDH frente a una injerencia en la vida privada y familiar del infractor extranjero.....	115
A.1.1) La valoración de la necesidad de la expulsión.....	116
A.1.2) La vida privada y la vida familiar.....	119
A.2) La postura del TEDH ante la expulsión del extranjero a un país donde pueda sufrir malos tratos	122
A.2.1) La persecución del extranjero expulsado en el Estado de destino.....	125
A.2.2) La expulsión de extranjeros enfermos hacia países que no cuenten con la asistencia sanitaria precisa.....	128
IV.3.4) Modificaciones introducidas en el artículo 89 CP tras la LO 5/2010	131
A) Inclusión de los mecanismos sustitutivos previstos en el CP con carácter excepcional.....	132
B) Disminución del grado de automaticidad de la expulsión	135
C) El internamiento en CIE como garantía de la ejecución de la expulsión	138
CAPÍTULO V. ACTUAL REGULACIÓN DE LA EXPULSIÓN EN EL ÁMBITO PENAL	144
V.1) Breve enumeración de las modificaciones introducidas por la reforma de la LO 1/2015.	144
V.1.1) La ampliación del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 89 CP	146
V.1.2) La introducción de las circunstancias del hecho delictivo, y las circunstancias personales del autor, en especial el arraigo, en el texto penal.....	149
A) Las circunstancias del hecho delictivo	149
B) Las circunstancias personales del penado, y, en especial, su arraigo	151
B.1) Modalidades de arraigo	154
B.1.1) El arraigo familiar.....	155
B.1.2) El arraigo laboral y económico	160
B.1.3) El arraigo social.....	162
V.1.3) La posibilidad de cumplir una parte de la pena o su totalidad antes de llevar a cabo la expulsión	164

V.1.4) El medio abierto como vía de acceso a la expulsión tras la reforma de la LO 1/2015 ...	168
A) El medio abierto como vía de acceso a una expulsión cuando la pena de prisión impuesta tenga una duración de uno a cinco años	169
B) El acceso al medio abierto como vía de acceso a una expulsión cuando la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años o se impongan varias que superen esa duración	171
B.1) El acceso al tercer grado y la libertad condicional.....	171
B.2) El acceso del penado extranjero al tercer grado y el período de seguridad	174
C) La contradicción entre el Derecho penal y el Derecho penitenciario.....	175
V.1.5) La introducción de la expulsión de ciudadanos comunitarios.....	179
A) Ámbito de aplicación subjetivo	181
B) El doble régimen de expulsión del artículo 89.4	185
B.1) El régimen ordinario de expulsión.....	185
B.1.1) El orden público y la seguridad pública como fundamento para practicar una expulsión	185
B.2) El régimen excepcional de expulsión penal de ciudadanos comunitarios	191
B.2.1) La cuestión de la interrupción de la residencia	191
C) La proporcionalidad en la expulsión de los ciudadanos comunitarios	193
D) La ineficacia de la expulsión de los ciudadanos comunitarios en términos de prevención especial positiva.....	195
CAPÍTULO VI. EL ARTÍCULO 57.2 LOEx: LA EXPULSIÓN TRAS EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN EN ESPAÑA.....	198
VI.1) La Ley Orgánica de Extranjería, el contexto legal del artículo 57.2LOEx	198
VI.2) Ámbito objetivo de aplicación del artículo 57.2 LOEx, la pena privativa de libertad superior a un año.....	206
VI.3) Ámbito subjetivo de aplicación	212
VI.4) La frustración de la reinserción social de los extranjeros que ya han cumplido su pena .	216
CONCLUSIONES.....	226
BIBLIOGRAFÍA	233
APÉNDICE LEGISLATIVO.....	274
JURISPRUDENCIA CITADA.....	277

INTRODUCCIÓN

Una de las formas de gestión de la delincuencia practicada por los ciudadanos extranjeros pasa por su expulsión del territorio nacional hacia sus países de origen. Se trata de una práctica regulada actualmente en el artículo 89 del Código Penal (en adelante CP) y que presenta dificultades de casación con una de las finalidades que tienen las penas privativas de libertad, cual es la reinserción social; meta penal regulada en el artículo 25.2 de la Constitución española (en adelante CE).

Cuando se hace alusión a la expulsión penal regulada en el CP español, se hace referencia a una medida que debe su origen al derecho administrativo. Concretamente, la expulsión de España para extranjeros que hubieran delinquido se preveía en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España (en adelante LOEx). Su inclusión en el ordenamiento penal se produjo en el año 1995 con la promulgación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Desde que se llevó a cabo tal incorporación al ordenamiento penal, dicho precepto ha sido objeto de cuatro modificaciones, siendo la última de ellas la operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal.

Esta última reforma constituye el eje principal de esta investigación y será analizada en profundidad a efectos de responder a la cuestión de si la última versión del artículo 89 CP contribuye a su acercamiento hacia la consecución de la reinserción social de los infractores extranjeros, o si, por el contrario, se aleja de dicho objetivo. En este sentido, a efectos de conocer la situación en la que quedan las posibilidades de reinserción social de los foráneos infractores que no han sido expulsados vía artículo 89 CP, se analizará el artículo 57.2 LOEx que posibilita la materialización de la expulsión de un extranjero que haya cumplido su pena de prisión en España.

Para ello, desde el planteamiento inicial de este trabajo, se ha considerado esencial dividir esta investigación en dos partes y cada una de ellas en tres capítulos. La primera parte se centra en el análisis del concepto de la reinserción social, y la segunda parte en el estudio del artículo 89 CP.

Partiendo de estas premisas, en la primera parte se realiza un recorrido por las diversas teorías de los fines de la pena, a saber, las teorías absolutas, las relativas y las mixtas, lo que conforma el primer capítulo. En el segundo capítulo, se analiza el concepto de la reinserción social y cuál es su naturaleza jurídica. Para ello, en un primer lugar, se

hace un estudio de las diversas posiciones doctrinales que existen al respecto, esto es, las que la consideran como un principio constitucional, como un derecho subjetivo, o como un mandato orientador de la política penal y penitenciaria. En segundo lugar, se analiza la posición mantenida por el Tribunal Constitucional (en adelante TC) al respecto desde la década de los 80, así como la mantenida por el Tribunal Supremo (en adelante TS).

El tercer capítulo, se focaliza en la exposición de la pérdida de verosimilitud que la reinserción social como finalidad principal a conseguir a través de la imposición de una pena de prisión ha venido sufriendo desde finales de la década de los 70 debido a diversas circunstancias que comenzaron a arraigar en el ámbito penal y criminológico. Todo ello será fundamental para entender la importancia que hoy en día presenta la reinserción social con respecto al ordenamiento jurídico penal, sobre todo, con relación al artículo 89 CP.

Una vez que ha quedado precisado qué es la reinserción social y que papel juega dentro del ordenamiento jurídico penal, este trabajo ofrece una segunda parte donde se analiza detalladamente el artículo 89 CP desde su introducción en el CP hasta la última de las reformas que ha sufrido, la ya mencionada modificación llevada a cabo por la LO 1/2015.

Partiendo de este punto, como ya se ha mencionado, esta segunda parte se divide también en tres capítulos. El primer capítulo (el cuarto de la obra) brinda una prolija exposición de la vida jurídica del artículo 89 desde su introducción en el CP en el año 1995 hasta la versión resultante de la última de sus reformas antes de la realizada por la LO 1/2015, esto es, la que trajo causa de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal. Esta exposición se centra en todas aquellas modificaciones que ha experimentado el artículo 89 CP en lo atinente a la consecución de la reinserción social de los infractores extranjeros. De esta manera, a través de este recorrido, se permitirá tener una concepción clara de si estas transformaciones han servido para aproximar el artículo 89 CP al objetivo penal de conseguir la reinserción social de los infractores extranjeros, o si, por el contrario, dicha finalidad no se ha erigido en una de las metas a alcanzar con dicho artículo.

Una vez analizada la evolución legislativa del artículo 89 desde su nacimiento hasta la reforma realizada por la LO 5/2010, se ofrece un segundo capítulo donde se examina detenidamente la versión del artículo 89 existente tras la última de las modificaciones realizadas, reforma que trae causa de la LO 1/2015. Siguiendo la línea del

estudio de las anteriores revisiones, en este apartado se procede a la investigación de la nueva versión del artículo 89 en lo que afecta a la consecución de la reinserción social de los infractores extranjeros, con el fin de responder al interrogante que se planteaba al inicio de esta introducción. Finalmente, se expone un tercer capítulo en el que se comienza realizando el recorrido legislativo que ha tenido el artículo 57.2 dentro de la LOEx, su contexto legal. A continuación, se analiza el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de dicho precepto, para conocer qué tipo de delito puede dar lugar a expulsión por esta vía, así como a qué extranjeros podría ser aplicado. En último lugar, se finaliza esta investigación con la exposición de las repercusiones que dicho artículo presenta respecto de las posibilidades de la reinserción social que tienen todos aquellos extranjeros infractores que han cumplido su pena de prisión en España y a los que no se les ha aplicado la expulsión penal vía artículo 89 CP.

En definitiva, a través del estudio de la odisea del artículo 89 por el ordenamiento penal desde su introducción en el mismo hasta la última de sus modificaciones, se podrá vislumbrar si la consecución de la reinserción social de los extranjeros infractores ha sido un objetivo prioritario del legislador penal, o, por el contrario, no ha sido nunca un faro que guiara las intenciones del legislador penal en esta dirección.

INTRODUCTION

L'expulsion des étrangers ayant commis un crime vers leurs pays d'origine est une des différentes manières de gérer la délinquance pratiquée par les citoyens étrangers. De nos jours, cette expulsion est réglementée dans l'article 89 du Code Pénal espagnol (Désormais CP). Il s'agit d'un article qui ne colle pas très bien avec les objectifs qui poursuivent les peines privatives de liberté, la réinsertion sociale, laquelle est reconnue dans l'article 25.2 de la Constitution Espagnole (Désormais CE).

Quand on évoque l'expulsion pénale, on fait allusion à une mesure née dans le droit administratif, pas dans le droit pénal. Notamment, l'expulsion des étrangers délinquants vers leurs pays d'origine était déjà réglementée dans l'article 21.2 de la Loi Organique 7/1985, 1 juillet, sur les Droits et Libertés d'étrangers en Espagne (Désormais LOEx). Son introduction dans l'ordre juridique pénal s'est produite lors de la Loi Organique 10/1995, 23 novembre, du Code Pénal, concrètement, à travers l'article 89 CP. L'article 89 CP a été modifié en quatre occasions, dont la dernière en 2015, grâce à la Loi Organique 1/2015, 30 mars, modifiant la Loi Organique 10/1995, 23 novembre, du Code Pénal.

Cette dernière réforme constitue l'axe principal de cette recherche et sera analysée en profondeur afin de répondre à la question de savoir si la dernière version de l'article 89 CP contribue à son rapprochement vers la réinsertion sociale des délinquants étrangers ou si, tout au contraire, elle s'écarte de cet objectif. En ce sens, afin de connaître la situation dans laquelle les possibilités de réinsertion sociale des délinquants étrangers qui n'ont pas été expulsés par le biais de l'article 89 CP restent, l'article 57.2 LOEx sera analysé, parce que c'est un article qui permet la matérialisation de l'expulsion d'un étranger qui a déjà purgé sa peine de prison en Espagne.

À cette fin, depuis l'approche initiale de ce travail, il a été jugé essentiel de diviser cette recherche en deux parties et chacune d'elles en trois chapitres. La première partie est consacrée à l'analyse du concept de réinsertion sociale et la seconde à l'étude de l'article 89 CP.

Partant de ces prémisses, la première partie examine les différentes théories des fins des peines privatives de liberté, à savoir les théories absolues, relatives et mixtes, ce qui constituent le premier chapitre. Le deuxième chapitre analyse le concept de réinsertion sociale et sa nature juridique. On étudie en premier lieu les différentes positions doctrinales qui existent à cet égard, c'est-à-dire celles qui le considèrent comme un

principe constitutionnel, comme un droit subjectif ou comme un mandat directeur pour la politique pénale et pénitentiaire. En second lieu, On analysera la position de la Cour constitutionnelle (désormais TC) sur cette question depuis les années 1980, ainsi que celle de la Cour suprême (désormais TS).

Le troisième chapitre se concentre sur l'exposition de la perte de crédibilité que la réinsertion sociale en tant que principal objectif à atteindre par l'imposition d'une peine de prison a souffert depuis la fin des années 1970 en raison de diverses circonstances qui ont commencé à prendre racine dans le domaine criminel et criminologique. Tout cela sera fondamental pour comprendre l'importance de la réinsertion sociale au regard du droit pénal, en particulier de l'article 89 CP.

Une fois analysé le concept de la réinsertion sociale et le rôle qu'elle joue dans le système judiciaire pénal, cette étude offre une deuxième partie où l'article 89 CP est analysé en détail, depuis son introduction dans le CP jusqu'à la dernière des réformes dont Il a été victime, la modification précitée effectuée par la LO 1/2015.

À partir de ce point, comme cela a déjà été mentionné, cette deuxième partie est également divisée en trois chapitres. Le premier chapitre (le quatrième de l'ouvrage) présente un exposé de la vie juridique de l'article 89 CP depuis son introduction dans le CP en 1995 jusqu'à la version résultante de la dernière de ses réformes avant celle effectuée par la LO 1/2015, c'est-à-dire, la résultante de la Loi Organique 5/2010, du 22 juin, par laquelle la Loi Organique 10/1995, du 23 novembre, du CP est modifiée. Le présent exposé met l'accent sur toutes les modifications apportées à l'article 89 du Code pénal en ce qui concerne la réinsertion sociale des délinquants étrangers. De cette façon, il sera possible, à travers cette étude, de savoir si ces transformations ont servi à rapprocher l'article 89 CP de l'objectif pénal de réinsertion sociale des délinquants étrangers, ou si, au contraire, cet objectif n'a pas été érigé au rang des objectifs à atteindre avec cet article.

Une fois analysée l'évolution législative de l'article 89 CP depuis sa naissance jusqu'à la réforme effectuée par la LO 5/2010, un deuxième chapitre est proposé dans lequel la version de l'article 89 CP existant après la dernière des modifications effectuées est examinée en détail, une réforme qui est à l'origine de la LO 1/2015. Suivant la ligne de l'étude des révisions précédentes, nous examinons dans cette section la nouvelle version de l'article 89 CP dans la mesure où il affecte la réinsertion sociale des délinquants étrangers, afin de répondre à la question posée au début de cette introduction. Finalement, un troisième chapitre est présenté dans lequel on commence par l'analyse de la vie

législative que l'article 57.2 a eu dans le cadre de la LOEx, son contexte juridique. Ensuite, le champ d'application objectif et subjectif de ce précepte est analysé, afin de savoir quel type de crime peut donner lieu à l'expulsion par cette voie, ainsi que les étrangers qui pourraient être concernés. Enfin, cette recherche se termine par un exposé des répercussions que cet article présente en ce qui concerne les possibilités de réinsertion sociale de tous les délinquants étrangers qui ont purgé leur peine de prison en Espagne et auxquels l'expulsion pénale n'a pas été appliquée par l'article 89 CP.

En conclusion, l'étude de l'odyssée de l'article 89 CP par le droit pénal depuis son introduction jusqu'à la dernière de ses modifications permettra d'entrevoir si la réinsertion sociale des délinquants étrangers a été un objectif prioritaire du législateur pénal ou, au contraire, n'a jamais été un phare pour guider les intentions du législateur pénal dans cette direction.

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I. LA REINSERCIÓN SOCIAL Y LOS FINES DE LA PENA

I.1) Las teorías de los fines de la pena

Citando a JESCHECK, “*la pena es un juicio de desvalor, público y ético social, sobre el autor, por la infracción que cometió culpablemente*”¹. En este sentido, como afirma ZUGALDÍA ESPINAR, las teorías de la pena se configurarían como herramientas que intentarían explicar de manera racional la existencia del sector del ordenamiento jurídico regulador de las penas, así como de su imposición².

Partiendo de estas premisas, al hablar de prevención especial estamos aludiendo a una de las formas de justificación racional de una pena determinada que se hace eco del poder que tiene una comunidad política cualquiera de ejercitar una violencia programada sobre uno de sus miembros que ha cometido un delito³, y que hoy en día se erige en una de las finalidades a que las penas y medidas de seguridad impuestas tienen que atenerse, y que vienen recogidas en el artículo 25.2 CE.

Cuando nos acercamos a los fines o a las justificaciones de la pena, nos estamos preguntando el por qué y el para qué de las mismas, esto es, su sentido último. No se trata por tanto de señalar su concepto o qué sea la pena, sino de indicarnos cuál es la dirección del poder público y qué pretende conseguir como representante de la sociedad con la amenaza penal, la imposición y la ejecución⁴, puesto que como ya señaló el pensador MONTESQUIEU, “*la libertad triunfa cuando la pena no dimana del capricho del legislador sino de la naturaleza de las cosas, y no es el hombre quien violenta al hombre*”⁵.

Tradicionalmente, a la hora de justificar las penas se distinguen tres tipos de teorías: las absolutas, las relativas y las mixtas⁶. Cada una de ellas se expone brevemente a continuación.

¹ JESCHECK, HH., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares, 1993, p.57.

² ZUGALDÍA ESPINAR, JM., *Fundamentos de Derecho Penal. Teorías de la pena y de la ley penal*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1991, p.49.

³ FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Trotta, 2000 p. 247.

⁴ MATA Y MARTÍN, R M., *Fundamentos del sistema penitenciario*, Tecnos, 2016, p. 67.

⁵ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes (I), libro XII, capítulo cuarto*, Orbis, 1984, p.168.

⁶ ABEL SOUTO, M., Teorías de la pena y ejecución de la prisión: La Naranja Mecánica, en REVIRIEGO PICÓN, F y DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El cine carcelario*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 22.

I.1.1) Las teorías absolutas

Las teorías absolutas de la pena justifican el castigo en virtud del delito cometido⁷, con lo cual la pena no persigue ningún fin, sino que es un fin en sí misma⁸. Se trata de teorías que no están representadas actualmente en la Ciencia penal española⁹.

Tal y como explica QUINTERO OLIVARES, para las teorías retributivas, la pena mantenía una fe absoluta en un orden social, que a la vez es racional. La pena se configuraría como la necesidad de restablecer el “orden anterior” perturbado por el delito. Esto implica creer en que existe un orden previo originario de la razón y que hay que restaurar utilizando para ello el castigo¹⁰.

Al hacer alusión a teorías absolutas, nos referimos a teorías que se fundamentan en el reconocimiento del libre albedrío o libertad de voluntad moral, y de la culpabilidad en un sentido individual¹¹. En este sentido, se trata de teorías que deben su origen, en gran parte, a planteamientos religiosos, particularmente, aunque no exclusivamente, cristianos y católicos, teniendo como punto de partida la existencia de un cierto paralelismo entre la justicia divina y la justicia penal¹².

Tal y como expone CUTIÑO RAYA, las teorías absolutas presentan dos vertientes: una vertiente subjetiva y otra objetiva. La vertiente objetiva estaría dirigida al suceso externo, al acto injusto, que sería retribuido con la producción del mal que supone la pena. Respecto a la vertiente subjetiva, sería la dirigida al sujeto que ha delinquido, remarcando que la pena tiene una función de expiación del mal producido, de forma que realiza un proceso sacramental en el sentido de que la sola imposición de la pena y el

⁷ Sobre el concepto de las teorías absolutas o retributivas léanse, entre otras, las siguientes obras: DÍEZ RIPOLLÉS, JL., *Derecho Penal Español Parte General en Esquemas*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 29; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, 1975, p.34; ROXIN, C, ARZT, G y TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Ariel Derecho, 1989, p.24; SOUTO, MA., *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, Dílex, 1890, pp. 23 y 24; ZUGALDÍA ESPINAR, JM., *Fundamentos de Derecho Penal, op cit*, p.67; QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Cedecs, 1996, p.77; FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1995, p.254; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, p.58; CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, Dykinson, 2008, p.15.

⁸ HASSEMER, W y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, 1989, p.150; ROJAS, RM., *Las contradicciones del Derecho Penal*, Adhoc, 2000, p.97.

⁹ CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Tecnos, 2007, p. 23.

¹⁰ QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Gráficas Signo, 1986, p.120.

¹¹ MIR PUIG, C., *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Bosch, 1986, p. 25.

¹² CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas, op cit*, p. 16.

sufrimiento que dicha imposición acarrea, bastan para retribuir el acto injusto y la culpabilidad¹³.

Estas teorías fueron defendidas básicamente en el siglo XIX¹⁴ por un gran elenco de autores, entre ellos, MAX WEBER, WEGNER, CARL SMITH, ROLAND FREISLER, HÄLSCHNER, KARL BINDING, SAN AGUSTÍN, ALFONSO DE CASTRO, y JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO. No obstante, de entre todos los citados destacan las concepciones de la pena que mantuvieron en tiempos de la Ilustración los filósofos KANT y HEGEL, creadores de las teorías de la “retribución moral” y de la “retribución jurídica”¹⁵.

En el supuesto de KANT, éste sostenía una teoría de la retribución moral, teniendo en cuenta la voluntad que ha exteriorizado el delincuente a la hora de cometer el delito. Para este autor, la pena se entendería como un imperativo categórico que se derivaría de la realización del delito, como una exigencia ineludible de justicia, ya que, según el mismo, la comisión del delito causa un mal que no puede quedar impune¹⁶.

Para KANT, la justicia tiene una prioridad en detrimento de la utilidad, esto es, la pena se debería imponer por una sola razón, porque hay un sujeto que ha delinuido y que merece que se le imponga la pena con independencia de la utilidad que ello pueda tener para él mismo o para el resto de los ciudadanos. No es legítimo perseguir ninguna utilidad con la pena si antes no se ha establecido la pena que el autor merece con base en el daño causado.

KANT consideraba que para respetar la dignidad del sujeto éste no podría ser manipulado para la consecución de otros fines. En este sentido, este autor intenta responder a la cuestión de cuál puede ser el tipo y la cantidad de pena que reclama la

¹³ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, Tirant lo Blanch, 2017, p.16.

¹⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, JM., *Fundamentos de Derecho Penal. Las teorías de la pena y de la ley penal*, op cit, p.64.

¹⁵ CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, op cit, p. 20; MATA y MARTÍN, RM., *Fundamentos del sistema penitenciario*, op cit, p. 68; ZUGALDÍA ESPINAR, JM., *Fundamentos de Derecho Penal. La teoría de la pena y de la ley penal*, op cit, p.55. Puede verse un estudio detallado del pensamiento de KANT y HEGEL al respecto en BETEGON, J., *La justificación del castigo*, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp.17-91. Algunos autores como RANIERI también hablan de una tercera modalidad conocida como “retribución divina”. Véase en RANIERI, S., *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte General*, 1975, p.321. Véase también en este sentido DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op cit, p.58; HASSEMER, W y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, 1989, p.150.

¹⁶ JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, 1995, p.21.

justicia en cada caso particular. Así, dicho autor consideraba que se habría de atender al principio de igualdad, esto es, no sufrir un mal ni mayor ni inferior al que se ha causado¹⁷.

En este sentido, KANT explica su versión de la teoría retributiva de la pena con el célebre ejemplo de la Isla. Así, relata como en una isla-Estado sus habitantes deciden disolver la comunidad estatal y repartirse por todo el mundo. Incluso en tal caso, KANT manifestaba que, antes de llevar a término esa decisión, debe realizarse la retribución de los delitos cometidos, es decir, deberían ejecutarse todas las penas pendientes a pesar de que tal opción no comportaría ya utilidad alguna para nadie, pues si la justicia llegase a desaparecer carecería de valor alguno el que los hombres moraran sobre la tierra¹⁸.

Por su parte, HEGEL defendía una teoría de la retribución jurídica que se focalizaba sobre el aspecto exterior de la acción reprochable. La justificación de la pena se encontraría en el restablecimiento de la vigencia de la voluntad general representada por el orden público que ha sido negada por la voluntad particular de la persona delincuente al cometer el delito.

En opinión de HEGEL, la pena no serviría para compensar un daño provocado a una persona ni para expiar la culpa, sino que, al estar el delito dirigido contra la estructura social, contra el derecho mismo, y no contra una persona en concreto, la pena se dirige a la afirmación del Derecho en sí¹⁹. Según HEGEL, como el delito es la negación del Derecho y la pena la negación del delito, la pena viene a ser, en última instancia, la afirmación del Derecho, y encontraría en ello su fundamentación²⁰.

De esta guisa, las teorías de KANT y HEGEL comparten varios aspectos. Así, en primer lugar, las dos tienen un carácter esencialmente retribucionista²¹. En este sentido, en ningún caso las penas deben perseguir la evitación del delito, pues de lo contrario, se conculcaría la dignidad humana en un doble sentido, aplicando las penas a los que han delinquido para que no vuelvan a hacerlo, y, aplicando las penas a los que han delinquido para que a la vista de ellos no delinca los demás, esto es, intimidando a la generalidad

¹⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, B de F, 2014, pp. 16,17 y 18.

¹⁸ Sobre el ejemplo de la Isla de Kant, Véanse, entre otras, las siguientes obras: ROXIN, C, ARZT, G y TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, op cit, p.25; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op cit, p.59; HASSEMER, W y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, op cit, p.150; FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Iustel, 2014, p.27.

¹⁹ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p. 20.

²⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, JM., *Fundamentos de Derecho Penal*, op cit, p.67.

²¹ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op cit, p.59.

mediante la aplicación de penas al que ha cometido un hecho delictivo. De esta forma, se sacrificaría al individuo en favor de la generalidad²².

En segundo lugar, al entender la pena como la exigencia de unos valores absolutos, la pena que corresponda al delito cometido tiene que ejecutarse siempre y en su totalidad. La no ejecución de la pena, o su ejecución solamente parcial, es inimaginable en el contexto teórico de las teorías absolutas de la pena, por cuanto que ello frustraría las exigencias irrenunciables de la Justicia o el Derecho²³.

Por último, en tercer lugar, ambas parten del reconocimiento de que entre la ofensa realizada y el castigo subsiguiente debe mediar una relación de igualdad²⁴.

De esta suerte, como expone CUTIÑO RAYA, dentro de las teorías retributivas actuales, resulta interesante la alusión a la postura mantenida por VON HIRSCH, ya que, aunque tradicionalmente se ha configurado a la retribución con la idea de venganza y con la dureza del sistema penal, este autor intenta compatibilizar una versión retribucionista de la pena con un sistema penal que excluya penas largas de privación de libertad y ejecuciones demasiado estrictas. En suma, busca la humanización de un sistema penal retributivo²⁵.

Según el citado autor, la pena tendría dos razones de ser: a) expresar un reproche (o censura) por el acto realizado; b) producción de un sufrimiento. Según VON HIRSCH, la censura considera tanto a la víctima como al causante. En este sentido, dicho autor considera que el Derecho penal otorgaría a la censura otro rol, que sería el de dirigirse a terceras partes y suministrarles razones para desistir, de forma que así, la sanción penal anunciaría por anticipado que determinadas categorías de conductas son punibles (prevención general negativa)²⁶.

En este contexto, VON HIRSCH otorga una gran importancia a la proporcionalidad entre el delito realizado y el castigo impuesto. Según este autor, el castigo no solamente debe expresar reproche, sino que debe expresar el reproche exacto que merece la conducta del autor²⁷.

²² ZUGALDÍA ESPINAR, JM., *Fundamentos del Derecho Penal*, op cit, p.68.

²³ *Ibidem*, p.68.

²⁴ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op cit, p.59.

²⁵ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.21. Puede encontrarse un resumen muy aclaratorio del pensamiento de VON HIRSCH en CID MOLINÉ, C., Prevención de delitos y utilitarismos: una confusión censurable (a propósito de “Censurar y castigar”, de A. Von Hirsch), en *Jueces para la democracia*, nº35, 1999, pp20-26.

²⁶ HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, Trotta, 1998, pp.36-37.

²⁷ *Ibidem*, p.42.

De esta suerte, se ha de mencionar que las teorías retributivas no han logrado escapar a las diversas críticas que les ha realizado la doctrina. Así, en primer lugar, se ha criticado que suponen una estructura estática que sólo atiende al pasado, a la comisión del delito, en la que el injusto y la culpabilidad se revelan como categorías inamovibles cuya apreciación obliga a compensar o a retribuir para que se realice la justicia. En este sentido, MUÑAGORRI afirma que “*las teorías absolutas son una ficción de la dogmática penal porque la pena siempre ha estado orientada a la consecución de fines*”²⁸.

En segundo lugar, las teorías absolutas no demuestran que el significado de la pena se encuentre en la retribución, sino que simplemente lo afirman²⁹.

En tercer lugar, se considera que estas teorías parten de puntos de partida que son científicamente indemostrables, como es el de que la culpabilidad humana se base en la libertad de voluntad del infractor³⁰.

En cuarto lugar, hacen total abstracción del problema de la necesidad de la pena, esto es, hasta qué punto es necesario recurrir a la pena para retribuir la culpabilidad del autor del delito. Que, a lo mejor, en términos metafísicos deba ser así no equivale a demostrar que necesariamente tenga que ser así. En este sentido, las teorías de la retribución presuponen la necesidad de la pena, que es lo primero que deberían fundamentar³¹.

Además de no preocuparse por la necesidad de la pena, tampoco tienen en cuenta los efectos de esa pena, con lo cual, según esta teoría podría aplicarse, por ejemplo, una pena que fuera injusta pero que fuera útil³². En esta línea, la pena también resultaría exigible cuando en el caso concreto no fuera en absoluto necesaria para garantizar la paz social y cuando, incluso, su imposición pudiera acarrear efectos socialmente dañinos³³.

²⁸ MUÑAGORRI, I., *Sanción penal y política criminal*, Reus S.A., 1977, p.48.

²⁹ SOUTO, MA., *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, op cit, pp.30-31.

³⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, JM., *Fundamentos del Derecho Penal*, op cit, p.69; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op cit, p.61; LUZÓN PEÑA, DM., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1979, p.21; ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, Reus S.A., 1976, P.13.

³¹ *Ibidem*, p.69; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op cit, p.61; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal. Parte General*, op cit, p.120; HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, 1984, p.349.

³² SÁNCHEZ FEIJOO, B., *La pena como institución jurídica*, op cit, p.27; HASSEMER, W y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, op cit, p.150.

³³ ROXIN, C, ARZT, G y TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, op cit, p.25.

Por último, en quinto lugar, también se considera que las teorías retributivas funcionarían como favorecedoras de la reincidencia ya que no proporcionan a la ejecución penitenciaria criterio alguno que sea de utilidad para hacer posible al autor una vida futura en libertad alejada del delito³⁴. Realmente, no es que no proporcione criterio alguno, sino que directamente deja sin contenido el momento de ejecución de la condena, pues la finalidad de la pena se agota al aplicar la pena correspondiente³⁵.

En definitiva, respecto a esta aplicabilidad abstracta de las teorías absolutas, HASSEMER afirma que *“las teorías absolutas son teorías en el mal sentido de la palabra. Se excluyen del mundo. Son puramente de papel, se refieren sólo al sistema normativo y a la infracción de la norma y se muestran absolutamente indiferentes frente a la realidad de las cosas y las sensibilidades”*³⁶.

No obstante, no todo han sido críticas, sino que dichas teorías también acumulan algunas adulaciones. Así, la doctrina considera que, un primer punto positivo de estas teorías vendría representado por el hecho de que las mismas conformarían un límite al poder penal del Estado, ya que en virtud de estas teorías la pena no puede ser de mayor gravedad que la que corresponde a la gravedad de la culpabilidad del autor. En consecuencia, no resultaría lícito imponer para delitos leves una pena excesivamente grave³⁷.

I.1.2) Las teorías relativas

Por otro lado, en una línea contraria a la anterior se encontrarían las teorías relativas, también conocidas como “utilitaristas”, configurándose como teorías que justifican el castigo en su utilidad, es decir, justifican la pena sólo como un medio para la consecución de la prevención de futuros delitos. A continuación, se expondrán de forma somera las diversas funciones de la pena que las mismas albergan, con el objetivo de facilitar la comprensión de las teorías relativas.

Como se acaba de mencionar, la finalidad principal de las penas en virtud de estas teorías sería la de evitar que el delito volviera a reproducirse. Para ello, por un lado, se

³⁴ *Ibidem*, p.25.

³⁵ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, *op cit*, p.20.

³⁶ HASSEMER, W., *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, Tirant lo Blanch, 2016, p.62.

³⁷ En este sentido, ROXIN, C, ARZT G y TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, *op cit*, p.24; CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, *op cit*, p.25; SOUTO, MA., *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, *op cit*, p.31.

intervendría a través de la persona que comete el delito, ya sea encerrándolo en un establecimiento penitenciario de forma que mientras esté encerrado no pueda reincidir (prevención especial negativa), ya sea reinsertándolo (prevención especial positiva). Por otro lado, dentro de las teorías relativas de las penas se encontrarían también las teorías de la prevención general, las cuales buscan también evitar la reproducción del delito, bien a través de la intimidación del conjunto de la sociedad utilizando las penas (prevención general negativa), bien, buscando el refuerzo de la confianza en el ordenamiento jurídico y su correcto funcionamiento (prevención general positiva)³⁸.

Como afirma HASSEMER, la diferencia fundamental entre las teorías absolutas y las teorías relativas se encontraría en su fundamentación. Mientras que para las teorías absolutas la exigencia de pena se deriva de una voluntad general de justicia situada en un plano moral superior, para las teorías relativas la exigencia de pena se deriva de una deformidad individual reflejada en el hecho de cometer un delito³⁹.

Sobre estas teorías profundizaremos posteriormente, una vez llevado a cabo el análisis de las teorías mixtas o de la Unión.

I.1.3) Las teorías mixtas o de la unión

En último lugar, nos encontraríamos con las teorías mixtas de la pena, también conocidas como teorías de la unión que fueron iniciadas en Alemania por MERKL⁴⁰, y que, en líneas generales, se configurarían como un híbrido entre las teorías absolutas y las relativas, eliminando los aspectos negativos de cada una de ellas⁴¹, eludiendo la simple yuxtaposición de principios⁴².

De entrada, como ha remarcado MIR PUIG, cabe indicar que estas teorías supusieron un adelanto con respecto a las teorías absolutas, al admitir otras finalidades de la pena como la prevención general o especial⁴³.

³⁸ BACIGALUPO, E., *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, 1999, p.33.

³⁹ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, *op cit*, p.350.

⁴⁰ CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, *op cit*, p.113; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, 2011, p.87; SOUTO, MA., *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, *op cit*, p.50; GARCÍA PABLOS, A., *Derecho Penal. Introducción*, servicio de publicaciones de la facultad de derecho. Universidad complutense de Madrid, 1995, p.106.

⁴¹ ROXIN, C, ARZT, G y TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, *op cit*, p.27; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, Promociones y publicaciones universitarias, 1987, p.238.

⁴² GARCÍA PABLOS, A., *Derecho Penal. Introducción*, *op cit*, p.105.

⁴³ MIR PUIG, C., *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Bosch, 1986, p.39.

Como seguidores de las teorías mixtas podemos señalar entre otros a HIPPEL, MERKL, MEZGER, BAUMAN, BOCKELMANN, DREHER, MAURACH, H. MAYER, MÜLLER, WELZEL, JESCHECK y ROXIN⁴⁴.

Tal y como expone ROXIN, nos encontramos ante unas teorías que surgieron de la insatisfacción de las diversas teorías de la pena aplicadas de manera unilateral⁴⁵. Por tanto, su fundamentación reside en la creencia de que la pena cumple siempre una pluralidad de fines⁴⁶. Se trata de teorías que buscan justificar la pena tanto por su capacidad de retribuir el daño causado como de prevenir los delitos, por lo que, consideran que una pena será legítima en tanto que sea útil y justa al mismo tiempo⁴⁷.

En este sentido, los partidarios de las teorías mixtas consideraban, por un lado, que las teorías absolutas derivaban la exigencia del castigo de la idea de justicia alejándose de la imperfección de la realidad ya que su transformación no les preocupaba.

Por otro lado, consideraban que las teorías relativas derivaban de la exigencia del castigo, de una inclinación humana general de atacar a los demás –prevención general- o de una deformación individual y no general que se refleja en la mera comisión del delito mismo –prevención especial-⁴⁸.

Las teorías de la unión se han dividido tradicionalmente en dos grandes grupos. Por un lado, nos encontraríamos con la teoría de la unión aditiva, de cariz más conservador, que da más importancia a la idea de justicia, la cual delimitaría el marco a imponer, y dentro del mismo el juez podría tomar en consideración los criterios preventivos. En Alemania, se hayan representadas fundamentalmente por el Tribunal Constitucional⁴⁹.

Por otro lado, nos encontraríamos con la teoría dialéctica, de índole más progresista, para la cual son más importantes los criterios preventivos y en la que la retribución sólo tendría una función de límite máximo impidiendo una pena mayor de la merecida por la conducta realizada⁵⁰.

⁴⁴ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Universitaria Ramón Aceres, 2005, p. 301.

⁴⁵ ROXIN, C, ARZT, G y TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, *op cit*, p.27.

⁴⁶ GARCÍA PABLOS, A., *Derecho Penal. Introducción*, *op cit*, p.71.

⁴⁷ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, *op cit*, p.95.

⁴⁸ FALCÓN Y TELLA, MJ y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿Un derecho a castigar?*, Marcial Pons, 2005, p. 227 y 228.

⁴⁹ LESCH, HH., *La función de la pena*, Dykinson, 1999, p. 41.

⁵⁰ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, *op cit*, p.96; GARCÍA PABLOS, A., *Derecho Penal. Introducción*, *op cit*, p.75.

Ahora bien, dentro de las teorías de la unión destaca la teoría dialéctica de ROXIN⁵¹. Se ha de remarcar que, tal y como expone DEMETRIO CRESPO, la teoría de la unión de ROXIN ha tenido una gran influencia en la teoría de la pena española⁵².

Así, en un sentido amplio, esta teoría no sólo se configuraría como una superación de las aportaciones realizadas por las teorías absolutas y relativas, sino que pretendería evitar los efectos ocasionados por una simple yuxtaposición de dichas teorías⁵³.

Partiendo de este axioma, este autor distingue tres momentos o fases en la pena: el legislativo o de la conminación penal abstracta (la pena en la ley), el judicial o de medición penológica (la pena en la sentencia) y el ejecutivo (cumplimiento de la pena en centro penitenciario). Así, considera dicho autor que en el primer momento las conminaciones penales sólo se justifican por su utilidad de cara a la protección de bienes jurídicos a través de la prevención general. Posteriormente, en el momento aplicativo, la actividad judicial tomará en consideración la prevención general, ya que la eficacia preventiva de la amenaza legal de la pena quedaría en nada si no hubiera realidad alguna tras ella. Ahora bien, según ROXIN la pena no podría sobrepasar el límite de la culpabilidad del delincuente. Finalmente, en el momento ejecutivo la pena debe perseguir la prevención especial positiva, la reincorporación del criminal a la comunidad, su resocialización⁵⁴.

En idéntico sentido a lo ocurrido con las teorías anteriormente expuestas, se ha de destacar que las teorías mixtas también han sido criticadas. En esta línea, se considera que, puesto que las teorías relativas y las absolutas son incompatibles, la conciliación entre ambas en una sola teoría sería complicada⁵⁵. Ello se produciría dado que la doctrina considera que las exigencias de unas finalidades están destinadas a entrar en contradicción con las exigencias de otras⁵⁶.

⁵¹ QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, op cit, p.84.

⁵² FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, op cit, p.218.

⁵³ Sobre la teoría de ROXIN, véanse, entre otras, las siguientes obras: PEÑAS ROLDÁN, L., Resocialización, un problema de todos, en *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, nº14, 1996, p.382; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, op cit, p.904; SOUTO, MA., *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, op cit, p.50; FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, op cit, pp.218 y ss; GARCÍA PABLOS, A., *Derecho Penal. Introducción*, op cit, pp.115 y 116.

⁵⁴ ABEL SOUTO, M., Teorías de la pena y ejecución de la prisión: La naranja mecánica, en REVIRIEGO PICÓN, F y DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El cine carcelario*, op cit, pp.41-42.

⁵⁵ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.98; STRATENWERTH, G., *Derecho Penal, Parte General, I. El hecho punible*, Edersa, 1982, p.18.

⁵⁶ En este sentido, entre otros, *Ibidem*, p.99; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op cit, p.73; HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch,

En segundo lugar, también se considera que, al igual que ocurría con las teorías absolutas, las teorías relativas presuponen la necesidad de la pena y no la fundamentan⁵⁷.

No obstante, se ha de remarcar que a pesar de las diversas críticas que pesan sobre las mismas, hoy día las teorías mixtas son las dominantes tanto en la doctrina como en el derecho positivo⁵⁸.

En esta línea, autores como GARCÍA PABLOS exponen directamente que la teoría dialéctica de ROXIN sería perfectamente aplicable al sistema penal español. De esta forma, en el momento de conminación legal abstracta, la pena estaría orientada hacia la prevención general, ya que lo que se pretende en esta fase penal es evitar que el potencial infractor ataque los bienes jurídicos. En las dos fases posteriores, esto es, aplicación judicial y ejecución de la pena, se entremezclarían la función retributiva, la preventivo general y la preventivo especial. En la fase judicial, operaría la orientación retributiva, así como la prevención especial. Ahora bien, a la hora de llevar a cabo la determinación de la pena, sólo se tendrá en cuenta la prevención especial dentro del marco que permiten los límites fijados por la ley para cada delito y según las circunstancias modificativas concurrentes⁵⁹.

I.2) Las teorías relativas de la pena y la prevención especial

En un sentido global, para las teorías relativas o preventivas, defendidas desde finales del siglo XIX⁶⁰, aunque con sus antecedentes más remotos en la filosofía griega⁶¹,

1981, pp.359 y ss; HASSEMER, W y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, Tirant lo Blanch, 2012, pp.177 y ss; GARCÍA PABLOS, A., *Derecho Penal. Introducción*, op cit, p.111.

⁵⁷ MIR PUIG, C., *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, op cit, p.38. En esta línea, recordemos que también se hacía la misma crítica a las teorías absolutas o retributivas. Así, en este sentido véanse, entre otros, DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op cit, p.61; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal. Parte General*, op cit, p.120; HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, op cit, p.349.

⁵⁸ QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, op cit, p.83; GARCÍA PABLOS, A., *Derecho Penal. Introducción*, op cit, p.104; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones introductorias. Teorías del delito I*, Civitas, 1996, p.91.

⁵⁹ GARCÍA PABLOS, A., *Derecho penal. Introducción*, Servicio publicaciones facultad de derecho. Universidad Complutense de Madrid, 1995, p.122.

⁶⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, JM., *Fundamentos de Derecho Penal. Las teorías de la pena y de la ley penal*, op cit, p.64.

⁶¹ RUBIO LARA, PA., *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, 2017, p.19; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op cit, p.62.

la pena se consideraría como un medio para alcanzar fines sociales, esto es, el fundamento jurídico de la pena se encontraría no en el delito, si no fuera de él⁶².

En esta línea, la finalidad de las penas sería evitar que el delito volviera a reproducirse, interviniendo, ya sea a través de la persona que comete el delito, bien inocuizándolo (prevención especial negativa), bien reinsertándolo, (prevención especial positiva), o ya sea motivando a la comunidad a no cometer delitos, bien a través de la intimidación al conjunto de la sociedad a través de las penas (prevención general negativa), bien, buscando el refuerzo de la confianza en el ordenamiento jurídico y su correcto funcionamiento (prevención general positiva)⁶³.

Tal y como expone CUTIÑO RAYA⁶⁴, el jurista LARDIZÁBAL es uno de los representantes más destacados de las teorías relativas en España. En su célebre obra *Discurso sobre las penas: contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, el reconocido autor expone que las penas deberían tener por finalidad corregir al delincuente para hacerlo mejor y para que no volviera a delinquir y a perjudicar a la sociedad. LARDIZÁBAL otorgaba gran importancia a esta finalidad pues en su obra exponía que “*la enmienda del delincuente es un objeto tan importante que jamás debe perderse de vista el legislador en el establecimiento de las penas*”.

Por otro lado, también consideraba finalidad fundamental de las penas el escarmiento para que los que ya hubieran delinquido se abstuvieran de hacerlo⁶⁵.

Tal y como expone DÍEZ RIPOLLÉS, en la actualidad las teorías relativas son seguidas por, entre otros, NOLL y JAKOBS en Alemania, y GIMBERNAT y LUZÓN en España⁶⁶.

I.2.1) La prevención general

Como se ha explicado anteriormente, las teorías relativas de la pena consideran que la pena es legítima en tanto que persigue una determinada finalidad.

⁶² RODRÍGUEZ DEVESA, JM y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal español. Parte General*, Dykinson, 1995, p.886.

⁶³ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.35; BACIGALUPO, E., *Derecho Penal. Parte General*, op cit, p.33.

⁶⁴ CUTIÑO RAYA S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, pp.42 y 43.

⁶⁵ DE LARDIZÁBAL Y URIBE, M., *Discurso sobre las penas: contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, disponible en <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/03/Lardiz%C3%A1bal-Discurso-sobre-las-penas-y-estudio-prelimin.pdf>, pp.84 y 85.

⁶⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, JL., *Derecho Penal español. Parte General*, op cit, p.30.

En esta tesitura, la prevención general se llevará a cabo conminando o amenazando con una pena la realización de las conductas que son consideradas delitos. Al contrario que la prevención especial, la prevención general va a orientarse hacia la generalidad de los miembros del grupo social que aún no ha delinquido, esto es, a modo de idea aclaratoria, los sujetos pasivos de la prevención general serán anónimos. En este sentido, la prevención general se dirigirá al conjunto social que aún no ha delinquido con alguna de las dos siguientes finalidades.

Por un lado, evitar que delincan. Ésta, sería la conocida como prevención general negativa, o más conocida antaño como teoría de la coacción psicológica. En efecto, mediante la prevención general negativa se va a perseguir conminar a la generalidad de los ciudadanos, a través de la amenaza del mal que conlleva la correspondiente pena, a que se abstengan de cometer delitos. En un sentido aclaratorio, ZUGALDÍA ESPINAR pone el ejemplo de que la posibilidad de sufrir una pena de hasta veinte años de privación de libertad, puede ser un buen estímulo para que los funcionarios públicos se abstengan de sustraer caudales o efectos que tengan a su cargo.

Por otro lado, la prevención general positiva buscaría recordar y hacer presencia constante de la vigencia efectiva de las normas penales. Se buscaría el reforzamiento de la convicción colectiva en torno a la vigencia de aquellas normas, fomentando y encauzando los lazos de integración y solidaridad social frente a los posibles infractores, afianzando así la confianza institucional en el sistema por parte de la sociedad. En este sentido, ZUGALDÍA ESPINAR vuelve a ilustrarnos con un ejemplo aclarativo. Este autor expone que, desde este punto de vista, por ejemplo, al amenazar con una pena de privación de libertad el delito de violación no se pretende tanto intimidar a los potenciales violadores para que se abstengan de realizar este hecho, sino poner de manifiesto que en nuestra sociedad existe una norma que protege la libertad sexual, ya que los actos que la cuestionan se hayan amenazados con la pena de privación de libertad⁶⁷.

Así, según PÉREZ MANZANO, existirían varios criterios para diferenciar entre prevención general positiva y negativa. El primer criterio sería la manera de explicar la relación que hay entre la pena y la erradicación del delito, esto es, la prevención general negativa lo explica como una relación estímulo-respuesta, y la prevención general positiva la explica como la incidencia que tiene la pena en la conciencia jurídica de la sociedad.

⁶⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, JM., *Fundamentos de derecho penal, op cit*, pp.72 y 73.

El segundo criterio se basa en la alusión por la prevención general positiva a efectos que la prevención general negativa no resalta, tales como la defensa del ordenamiento jurídico o la pacificación del sentimiento jurídico. Finalmente, el tercer criterio se refiere al destinatario de la finalidad perseguida por la norma. Mientras que la prevención general negativa se dirige a la sociedad como entidad repleta de delincuentes potenciales, la prevención general positiva se dirige a la sociedad como entidad social organizada y con una conciencia jurídica propia⁶⁸.

Una vez explicadas las concepciones de la prevención general negativa-prevenición general positiva, así como sus principales diferencias, se procederá a una exposición por separado de las mismas.

A) La prevención general positiva

Esta visión sobre la finalidad de las penas adquirió relevancia tras la crisis de finales de los años 60 y de los 70 de la prevención especial, crisis a la que se hará alusión en posteriores epígrafes⁶⁹, y, además, se considera por ciertos autores que constituyó un intento superador de las críticas formuladas a la prevención general intimidatoria⁷⁰.

Como se ha mencionado *supra*, según la prevención general positiva, teoría cuya paternidad se debe a WELZEL⁷¹, el Derecho penal jugaría un papel positivo ético-social consistente en la internalización de los valores plasmados en las normas jurídico-penales en la conciencia de los ciudadanos. De esta forma, se fortalece en los ciudadanos un sentimiento de permanente respeto hacia la ley⁷². Debe haber una creencia de que las normas se cumplen para poder seguir confiando en el ordenamiento jurídico. De esta forma, en virtud de esta doctrina, la pena no se dirigiría sólo a los eventuales delincuentes, pues no trata de inhibir su futura inclinación al delito, sino a todos los ciudadanos, dado

⁶⁸ PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1986, p.20.

⁶⁹ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, *op cit*, p.59; CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, *op cit*, p.62.

⁷⁰ BUSTOS RAMÍREZ, J y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, Trotta, 1997, p.49.

⁷¹ DURÁN MIGLIARDI, M., La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbito de aplicación y discusión sobre su función, en *Revista de Derecho*, Vol XXIX, nº1, 2016, p.279; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, *op cit*, p.111; SOUTO, A., *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, *op cit*, p.36; ALCÁCER, R., Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política, en *ADPCP*, NvOL 1.I, 1998, p.392.

⁷² WELZEL, H., *Derecho Penal. Parte General*, Roque de Palma Editor, 1956, pp. 3,4,5.

que tiene por objeto confirmar su confianza en la norma⁷³. En síntesis, la norma penal buscaría, en palabras de FEIJÓO SÁNCHEZ, “*el convencimiento pragmático por parte de los ciudadanos de que en general resulta mejor o más rentable llevar una vida conforme a derecho o, por lo menos, sin cometer delitos. De esta manera, la pena influiría positivamente en la disposición generalizada de los ciudadanos a seguir, respetar o cumplir las normas penales*”⁷⁴.

En este sentido, resulta muy clarificadora la exposición que realiza FEIJÓO SÁNCHEZ⁷⁵ acerca de las diversas funciones que tendría la prevención general positiva. Así, en un primer lugar, nos encontraríamos con un efecto sociopedagógico de aprendizaje o de ejemplaridad de la pena justa, de tal manera que la pena llevaría al conocimiento del contenido de la norma por parte de la generalidad de la población. De este modo, la pena contribuiría así a que los ciudadanos interiorizaran que la opción de recurrir al delito no es rentable y conservaran su lealtad al derecho entendiendo que a largo plazo es mejor comportarse conforme a derecho.

En segundo lugar, la función general positiva generaría un efecto de confianza en la protección que dispensa el ordenamiento y en que las normas siguen vigentes. En efecto, si a la norma no se la va a reconocer como una herramienta efectiva frente a los delitos, se aminora su valor como criterio rector de la conducta, esto es, se defrauda, aunque sólo sea caso por caso, la confianza de los ciudadanos en el reconocimiento de la norma.

En tercer y último lugar, considera este autor que la tercera función sería la consecuencia de la sensación de integración en un engranaje jurídico que funciona, consiguiéndose así el restablecimiento de la paz jurídica o un efecto de pacificación social que tiene efectos preventivos en sí mismo. En este sentido, DEMETRIO CRESPO añade una cuarta finalidad, la limitadora de las necesidades preventivo-especiales, y preventivo negativas o intimidatorias⁷⁶.

⁷³ MIR PUIG, S., Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 39, 1986, p.51.

⁷⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, op cit, p.168.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 170-172. Una exposición más resumida del elenco de funciones de la prevención general positiva puede verse en DURÁN MIGLIARDI, M., La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función, op cit, p.282. En el indicado sentido léanse también las obras SCHÜNEMANN, B., Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva, en SILVA SÁNCHEZ, J.M (ed)., *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Bosch, 1997, p.90, y PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva y de la pena*, op cit, p. 21.

⁷⁶ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op cit, p.110.

Como afirma CUTIÑO RAYA, las diversas formulaciones de la prevención general positiva difieren de unos autores a otros⁷⁷. Así, por ejemplo, según MIR PUIG, por un lado, hay quienes entienden a la prevención general positiva como *fundamentadora*, y en su caso ampliatoria de la intervención del Derecho penal. Por otra parte, están los que a través de la misma pretenden poner freno a la prevención general negativa o intimidatoria, la cuál será analizada en el siguiente epígrafe, y/o a la prevención especial, que, como ya mencionamos, será objeto de estudio posteriormente⁷⁸.

En el primer grupo se situarían las teorías de autores como WELZEL y JAKOBS. En el segundo grupo se encontrarían las teorías de HASSEMER, ROXIN y ZIPF⁷⁹.

Tal y como expone MIR PUIG, la primera tendencia está ligada a una tradición que otorga al Derecho penal la tarea de asentar los valores morales en la sociedad. Así, este autor explica el pensamiento de WELZEL, el padre de la prevención general positiva.

Según MIR PUIG, el pensamiento de WELZEL se basa en que el Derecho penal no tiene que limitarse a evitar delitos, sino que ha de perseguir influir en la conciencia ético-social del ciudadano, en su actitud interna frente al derecho, suponiendo esto una misión que amplía el campo de actuación que se considera legítimo para el Derecho penal. Según dicho autor, la protección de estos valores se considera la mejor manera de prevenir a largo plazo la comisión de delitos⁸⁰. En sentido parecido se manifiestan también KAUFMANN y HASSEMER. El primer autor entiende la función ético-social que WELZEL atribuía al Derecho penal como prevención general positiva, la cual caracteriza como una socialización dirigida a una actitud fiel al Derecho destacando en ella tres elementos: uno informativo de lo que está prohibido, otro de mantenimiento de la confianza en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse, y, finalmente, un tercer elemento constituido de una perenne actitud interna de fidelidad al Derecho⁸¹. Por su parte, HASSEMER también entiende que la concepción ético-social welzeliana

⁷⁷ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.60.

⁷⁸ MIR PUIG, S., Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva, en *PC*, N°0, 1986, p.51.

⁷⁹ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op cit, p.113.

⁸⁰ MIR PUIG, S., Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva, op cit, p.52.

⁸¹ KAUFMANN, A., La misión del Derecho Penal, en MIR PUIG (ed)., *Política criminal y Reforma del Derecho Penal*, 1982, p.127.

supone una descripción precisa de lo que puede denominarse prevención general positiva⁸².

Como mencionamos *supra*, junto con WELZEL, JAKOBS sería otro de los representantes de la prevención general positiva en su sentido fundamentador. PEÑARANDA RAMOS nos proporciona una síntesis clara de su pensamiento. Así, dicho autor expone que, para JAKOBS, la función de la pena estatal para garantizar las expectativas sociales esenciales se resume en producir prevención general a través del ejercicio en el reconocimiento de la norma. JAKOBS denomina esto prevención general positiva, que se manifiesta en tres aspectos diferentes: En primer lugar, la pena sirve para confirmar la vigencia de las normas a pesar de sus infracciones ocasionales. En segundo lugar, la pena se orienta al ejercicio de fidelidad hacia el Derecho, en el sentido de no infringir las normas. Finalmente, la imposición de la pena, dado que mediante su imposición se aprende la relación que existe entre la comisión del delito y la necesidad de soportar sus costes, esto es, las consecuencias penales. Para JAKOBS, la pena tendría más bien por destinatarios a todos los ciudadanos, a fin de confirmar en los mismos la vigencia de la norma infringida⁸³.

En definitiva, las posiciones que se han venido analizando hasta JAKOBS buscan en la prevención general positiva *fundamentadora* la intervención del Derecho penal, esto es, la prevención general positiva legitima e incluso obliga a aplicar la pena, aunque no lo exija la inmediata protección de los bienes jurídicos. No obstante, existe otro sector doctrinal que defiende la prevención general positiva en un sentido *limitador* de la intervención penal. Tal y como expusimos anteriormente, uno de los autores que defienden esta posición es ROXÍN⁸⁴.

El citado autor considera que determinar la pena en función de la culpabilidad tiene la finalidad de fortalecer la conciencia jurídica de la generalidad, imponiendo al infractor la sanción que ha merecido en función del hecho cometido, esto es, la que corresponde a la gravedad de su delito, consiguiendo de este modo que la sentencia sea

⁸² HASSEMER, W., Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social, en MIR PUIG, S., *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, p.126.

⁸³ PEÑARANDA RAMOS, E., Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Teoría de sistemas y Derecho Penal*, Comares, 2005, pp.229-234. Puede visualizarse también otra versión del pensamiento de JAKOBS en CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, *op cit*, pp.65-70.

⁸⁴ MIR PUIG, S., Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva, *op cit*, p.54.

aceptada como justa por la sociedad y contribuyendo así a la estabilización de la conciencia jurídica general y al mantenimiento de la fidelidad al derecho de la población por satisfacer el sentimiento jurídico y de justicia de la generalidad⁸⁵.

Al margen de las diferentes posiciones doctrinales que han intentado explicar la prevención general positiva, conviene destacar que dicho pensamiento penal no ha escapado a las críticas de la doctrina.

En primer lugar, desde el punto de vista del ataque que supone al principio de culpabilidad. En efecto, si por mor de esta teoría el fin de la norma penal es el reforzamiento en el colectivo social de la idea de que existen normas que no pueden quebrantarse, en cuyo caso se impondrá una pena al sujeto infractor, no se puede garantizar que no se vaya a aplicar la misma a individuos inimputables cuando ello sea necesario, ya que como acabamos de explicar, la prevención general positiva se dirige a un colectivo de potenciales delincuentes para evitar que delincan. De este modo, se llevaría el Derecho penal a castigar delitos cometidos por quien actúa sin culpabilidad⁸⁶.

En segundo lugar, a través de la prevención general positiva se corre el riesgo de instrumentalizar a la persona y de lesionar su dignidad, de degradar al penado al objeto de fines pedagógico-populares⁸⁷. En efecto, algunos autores han remarcado que resulta paradójico, e incluso arbitrario, que se haga responsable a personas concretas de las carencias de socialización de toda la sociedad y que se les imponga una pena con la finalidad de reprimir los impulsos criminales de otros⁸⁸.

En tercer lugar, también se ha criticado su difícil constatación empírica. En efecto, la comprobación de los efectos de la prevención general positiva sólo sería posible a través de investigaciones que se realizaran a largo plazo, por ejemplo, en un espacio de tiempo temporal de diez años desde la entrada en vigor de una norma, para después comprobar cómo se ha desarrollado el enjuiciamiento moral de la población respecto de un determinado comportamiento⁸⁹.

⁸⁵ ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, op cit, p.97.

⁸⁶ *Ibidem*, pp.520 y ss.

⁸⁷ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op cit, p.127; BUSTO RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, op cit, p.105; ROJAS, RM., *Las contradicciones del Derecho Penal*, op cit, p.103.

⁸⁸ LESCH, HH., *La función de la pena*, op cit, p.29.

⁸⁹ *Ibidem*, p.129; GÓMEZ BENÍTEZ, JM., *Estudios penales*, Cóllex, 2001, p.49; CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.63; GRACIA MARTÍN, L(coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español*, Tirant lo Blanch, 1996, p.57; CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, op cit, p.76; BUSTOS RAMÍREZ, B y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, op cit, p.50.

En cuarto lugar, también se le realiza la objeción de no servir de límite al *ius puniendi* y provocar el peligro de un endurecimiento sin control del sistema penal⁹⁰. En efecto, la prevención general positiva podría también conducir a la utilización de una pena desproporcionada, dado que, basar el nivel de pena en las exigencias sociales o en la voluntad general, y ser esta algo muy variable, puede provocar una desproporcionalidad notable, puesto que, muchas veces las exigencias sociales de pena que demanda la colectividad para concebirla como justa, resultan ser superiores incluso a la propia medida de la culpabilidad, así como a las exigencias preventivo generales intimidatorias⁹¹.

En quinto lugar, se le reprocha a la prevención general positiva una descripción aséptica y acrítica del modo de funcionamiento del sistema social. En efecto, como expone ZUGALDÍA ESPINAR, con la prevención general positiva el centro de gravedad de la norma penal abandona la subjetividad del individuo para centrarse en el fortalecimiento del sistema existente y de sus expectativas institucionales⁹².

B) La prevención general negativa

Al hablar de prevención general negativa, se alude a una teoría que fue creada por FEUERBACH⁹³ y que concibe la pena no como un instrumento cuya finalidad es obtener un efecto psicosocial inmediatamente positivo, sino como un mecanismo meramente disuasorio de la realización de conductas, basado en la intimidación de la amenaza de la pena; tal y como denominó FEUERBACH a este efecto, en la coacción psicológica de la pena⁹⁴. Más llanamente, la prevención general negativa o intimidatoria tendría por finalidad evitar que se cometieran hechos delictivos intimidando o coaccionando psicológicamente a posibles delincuentes⁹⁵.

⁹⁰ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.64.

⁹¹ CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, op cit, pp.77-78.

⁹² ZUGALDÍA ESPINAR, JM., *Fundamentos de Derecho Penal*, op cit, p.76; CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, op cit, p.73; GARCÍA PABLOS, A., *Derecho Penal. Introducción*, op cit, p.92.

⁹³ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención judicial e individualización general de la pena*, op cit, p.101; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, op cit, p.95; ROXIN, C, ARZT, G y TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, op cit, p.26; JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teorías de la imputación*, op cit, p.26; HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, op cit, p.380; BUSTOS RAMÍREZ, J y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, op cit, p.47.

⁹⁴ ALCÁCER GUIRAO, R., Los fines del derecho penal. Una aproximación de la filosofía política, op cit, p.457.

⁹⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica*, op cit, 72; FLETCHER, GP., *Conceptos básicos de Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, 1997, p.61; CARBONELL MATEU, JC., *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, 1999, p.68; GÜNTHER, J., *El derecho penal como disciplina científica*, Cuadernos Civitas, 2008, p.48.

A pesar de que la paternidad de esta corriente intelectual se atribuye a FEUERBACH, se ha de resaltar que la misma también estuvo apoyada por otros autores ilustrados como BENTHAM o LARDIZÁBAL. En este sentido, han sido un gran elenco de autores, tanto de antes como de después de la Ilustración, quienes han mantenido esta teoría de la pena, como HOBBS, GROTIUS, PUFENDORF, LOCKE, etc⁹⁶.

Empero, la idea del recurso a la pena como instrumento intimidatorio hacia el potencial infractor tuvo una influencia mucho mayor en la época del Antiguo Régimen, cuyo Derecho penal se basaba, fundamentalmente, en el recurso al terror penal.

Como acabamos de mencionar, nos encontramos ante una teoría creada por FEUERBACH que desarrolló para el contexto de un Estado liberal. Este autor partía de la idea de que la coacción física del Estado no era suficiente para prevenir la comisión de delitos, por lo tanto, el Estado debía servirse de aquellos medios que impidieran psicológicamente a los ciudadanos dañar a otros ciudadanos. Según FEUERBACH, todos los individuos tenemos inclinaciones a realizar comportamientos antijurídicos, y, por tanto, el Estado, a través de la norma penal, tiene la función de evitar que el que tenga esas inclinaciones de cariz antijurídico se vea disuadido de manifestar el comportamiento fundado en las mismas, ya que, mantenía la creencia de que los delitos se podían evitar si los ciudadanos asociaban psicológicamente el delito con un mal mayor que la insatisfacción de sus necesidades. Por todo ello, FEUERBACH no vinculaba la intimidación a la imposición de la pena, sino a la amenaza de una pena previa a la comisión del delito⁹⁷.

En este orden de hechos, nos encontramos ante una corriente intelectual que, al igual que la prevención general positiva, ha sido atacada por la doctrina desde diferentes ángulos. En primer lugar, se considera que para que la norma penal sea capaz de llevar a cabo una intimidación es necesario exigir un nivel general de conocimiento del ordenamiento jurídico por parte de la sociedad, el cual en la realidad es minoritario⁹⁸. Este desconocimiento crecerá de manera exponencial debido al gran número de delitos que describen conductas técnicas e imprecisas dirigidas a profesionales concretos, como, por ejemplo, los delitos de cuello blanco. Como señala CUTIÑO RAYA, si bien es cierto que

⁹⁶ CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, op cit, p.38.

⁹⁷ *Ibidem*, pp.72-78.

⁹⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica*, op cit, p.93; DEL MISMO., *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, op cit, p.47; ALCÁCER GUIRAO, R., *Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política*, op cit, p.381; HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, op cit, p.382.

hay determinadas acciones dañosas conocidas por todas las personas, las cuáles podríamos llamar “Derecho penal clásico”, incluso en este ámbito podrían existir problemas, pues muchas veces este conocimiento descansa más en su consideración de normas sociales o morales básicas que en el conocimiento del Derecho penal⁹⁹. Además, los destinatarios del Derecho penal preventivo general no sólo deben conocer la conminación penal y la posibilidad de ejecución de la pena, sino que, además, deben motivarse por estos factores en su comportamiento conforme a derecho, si es que se quieren ver realizadas las esperanzas de las teorías preventivo-generales¹⁰⁰. En este caso, LARRAURI PIJOÁN indica que algunos infractores pueden conocer la ley, pero pensar que las actuaciones que realizan no son delictivas, viéndose anulado aquí también el efecto preventivo¹⁰¹.

Por ello, ALCÁCER GUIRAO, en clave realista y a modo de atenuación de esta apreciación, afirma que para lograr la legitimidad de la prevención general negativa como finalidad de las penas no puede pretenderse que la intimidación que la misma genera sea apta para la erradicación del delito, sino que posea una cierta efectividad en orden a la contención de la transgresión dentro de unos márgenes asequibles¹⁰².

En segundo lugar, se realizan críticas de cariz valorativo o axiológico. En efecto, se pone de manifiesto su incompatibilidad con los valores o principios del ordenamiento jurídico, en la medida en que su objetivo esencial son las necesidades de coacción o influencia psicológica y lo decisivo son los impulsos para delinquir, con lo cual no tiene lo suficientemente en cuenta la lesividad social del hecho¹⁰³, y la pena pierde su proporción con la gravedad del delito. En este sentido, al partir la prevención general negativa de una visión reduccionista de los ciudadanos como potenciales delincuentes, el Estado acaba tratando a los mismos como tales y no como titulares de derechos, y esa atemorización permanente de los ciudadanos no es compatible con la eficacia impeditiva que el principio de la dignidad de la persona tiene en nuestro ordenamiento como fundamento del orden político y de la paz social. En efecto, construir un ordenamiento jurídico penal centrado exclusivamente en la configuración del ciudadano como potencial

⁹⁹ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p. 50; FEIJOO, B., *Legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, op cit, p.46.

¹⁰⁰ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, op cit, p.382.

¹⁰¹ LARRAURI PIJOÁN, E., *Criminología crítica: abolicionismo y garantismo*, en SOTOMAYOR ACOSTA, A (coord.), *Garantismo y Derecho Penal*, Temis, 2006, p.87.

¹⁰² ALCÁCER GUIRAO, R., *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*, op cit, p.383.

¹⁰³ JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, op cit, p.27.

delincuente generaría enormes peligros para las garantías de los mismos en tanto que ciudadanos.

En este sentido, a partir de dicha desconfianza el Estado estaría legitimado para realizar injerencias en las vidas de sus ciudadanos que serían totalmente incompatibles con normas de rango constitucional que definen los aspectos esenciales de la vida en sociedad y de las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos¹⁰⁴, lo cual generaría una suerte de terrorismo penal legislativo¹⁰⁵. En este sentido, como indica LESCH, según el programa de la prevención general negativa podrían ser penadas personas inocentes de forma que ese castigo estatuya un ejemplo para otras¹⁰⁶.

En tercer lugar, se critica la homogeneidad con la que pretende actuar la prevención general negativa, ya que no sólo existe un único tipo de delincuente, por lo que los factores relevantes para adoptar una decisión de cariz penal variarían enormemente dependiendo del tipo de delincuencia a la que la ley se enfrente. En efecto, no es lo mismo un delincuente imprudente que un delincuente económico o que un terrorista, un violador en serie, etc. La prevención general negativa en este caso pecaría de simplista¹⁰⁷. Además, en delitos contra la vida y la honestidad la eficacia disuasoria de la pena resulta harto cuestionable, de manera que la prevención general negativa no puede fundamentar la pena en los casos más graves y preocupantes¹⁰⁸. En este sentido, también se critica a esta teoría

¹⁰⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica*, op cit, pp.85-88.; LESCH, HH., *La función de la pena*, op cit, p.26. En este sentido, este autor expone el siguiente ejemplo: Puede que frente a un asesinato a causa de unos cientos de miles de pesetas una pena pecuniaria de unos miles de pesetas sea lo suficientemente intimidatoria, mientras que frente a un delito de calumnias que el autor lleva a cabo para promocionarse profesionalmente sólo sea intimidatorio la previsión de una pena de muchos años de cárcel. Esto conllevaría a la consecuencia de que habría que renunciar a la mayor parte de delitos del Código Penal español.

¹⁰⁵ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op cit, p.102; CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, op cit, p.56; GARCÍA PABLOS, A., *Derecho Penal. Introducción*, op cit, p.85. La prevención general negativa tiene esta crítica en común con la prevención general positiva. En efecto, como se ha visto anteriormente, remarcan ese riesgo de endurecimiento del sistema penal de la prevención general positiva, entre otros, los siguientes autores: CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.64; CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, op cit, pp.77-78; FEIJÓO, B., *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, op cit, p.41; ROXIN, C, ARTZ, G y TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, op cit, p.27; ROJAS, RM., *Las contradicciones del Derecho Penal*, op cit, p.104.

¹⁰⁶¹⁰⁶ LESCH, HH., *La función de la pena*, op cit, p.27.

¹⁰⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica*, op cit, p.99; LESCH, HH., *La función de la pena*, op cit, p.27; GARCÍA PABLOS, A., *Derecho Penal. Introducción*, op cit, p.84; ALCÁCER GUIRAO, R., *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*, op cit, p.381.

¹⁰⁸ SOUTO, A., *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, op cit, p.43.

por el hecho de que queda sin resolver la cuestión de frente a qué comportamientos delictivos tiene el Estado la facultad de intimidar¹⁰⁹.

En este sentido, la prevención general negativa parte del hecho de que el ser humano es un ser absolutamente racional que calcula fríamente las ventajas y desventajas de la comisión de un delito, cuando realmente la mayor parte de los infractores no se plantean el que les impongan una pena como una realidad cierta e irreversible, sino que actúan con el convencimiento de que no van a ser descubiertos y penados, sin olvidar tampoco al gran elenco de sujetos que desconocen la prohibición de la norma¹¹⁰.

En cuarto lugar, al igual que ocurría con la prevención general positiva¹¹¹, se critica que la prevención general negativa instrumentaliza al hombre, esto es, lo convierte en un instrumento para conseguir fines preventivos, porque no se le castiga por lo que ha hecho con arreglo a lo que merece, sino con la finalidad de que los demás no delinca¹¹².

Por último, se atribuye por ciertos investigadores como FEIJÓO SÁNCHEZ o ALCÁCER GUIRAO a la prevención general negativa una ausencia de legitimación empírica, esto es, no se puede constatar que exista una relación directa entre magnitud de penas y evolución de cifras o estadísticas de delincuencia que justifiquen una estrategia intimidatoria. Dicho de otro modo, los cambios de las leyes penales, sea agravándolas, sea atenuándolas, no tienen ningún efecto directo en el comportamiento de la población, esto es, el endurecimiento de las penas no tiene efectos en la disminución de las cifras de delincuencia¹¹³.

Por otra parte, el hecho de que la mayoría de los ciudadanos no delinca no va a significar necesariamente que la prevención general negativa sea eficaz, ya que eso puede deberse a que los individuos que no son infractores comparten los valores sociales que

¹⁰⁹ ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, op cit, p.18.

¹¹⁰ CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, op cit, p.48.

¹¹¹ Entre otros, LESCH, HH., *La función de la pena*, op cit, p.29.

¹¹² GARCÍA PABLOS, A., *Derecho Penal. Introducción*, op cit, p.83; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, op cit, p.105; ROJAS, RM., *Las contradicciones del Derecho Penal*, op cit, p.103; ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, op cit, p.18.

¹¹³ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica*, op cit, p.105; CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, op cit, p.47; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *La legitimidad de la pena estatal*, op cit, pp.46 y 54; ALCÁCER GUIRAO, R., *Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política*, op cit, p.383; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, op cit, p.102; ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, op cit, p.18.

subyacen a las normas penales¹¹⁴. En este sentido, nos encontramos ante una crítica que, como vimos anteriormente, se realizaba a la prevención general positiva¹¹⁵.

No obstante, del investigador MEDINA extraemos que, apuntando en una dirección contraria a la anterior, existen diversos estudios, realizados en su mayor parte en Estados Unidos y otros países avanzados de habla inglesa, en los que se constata que, efectivamente, se prueba que el aumento o descenso del contenido punitivo de una ley penal puede tener efectos disuasorios sobre potenciales delincuentes. El citado investigador pone el ejemplo de un informe publicado por la National Academy of Sciences de los Estados Unidos, procedente de un comité de científicos que se habían reunido para evaluar los efectos disuasorios de las leyes penales. Este comité estaba integrado por los investigadores BLUMSTEIN, COHEN y NAGIN¹¹⁶.

I.2.2) La prevención especial negativa y positiva

Al contrario que las teorías de la prevención general, las doctrinas de la prevención especial focalizan el fin preventivo en la persona del delincuente, como indica GINER DE LOS RÍOS, proponiéndose evitar la reincidencia¹¹⁷, con lo cual, como explica CUTIÑO RAYA, el fundamento de la pena sería la peligrosidad del sujeto, y, como se detallará a lo largo de este epígrafe, se le intentará aislar de la sociedad o transformarle en aras de que deje de ser peligroso¹¹⁸.

La moderna formulación de la teoría preventivo especial bebe de cuatro escuelas fundamentales, que son, la Escuela Sociológica Alemana, cuyo principal exponente lo encontramos en VON LISZT, la Escuela Positiva italiana, representada por LOMBROSO, GARÓFALO y FERRI, la Escuela Correccionalista española, integrada, entre otros, por DORADO MONTERO, ARENAL, SALILLAS, BERNALDO DE

¹¹⁴ CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, op cit, p.49; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *La legitimidad de la pena estatal*, op cit, p.51.

¹¹⁵ LESCH, HH., *La función de la pena*, op cit, p.29; GÓMEZ BENÍTEZ, JM., *Estudios penales*, op cit, p.49; CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.63; GRACIA MARTÍNEZ, L (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, op cit, p.57; CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, op cit, p.76.

¹¹⁶ MEDINA ARIZA, J., *Políticas y estrategias de Prevención del delito y Seguridad ciudadana*, B de F, 2013, p.47.

¹¹⁷ En este sentido, GINER DE LOS RÍOS, F., *Resumen de Filosofía del Derecho*, Espasa-Calpe, S.A, 1926, p. 213, y ROXIN, C., *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Ariel Derecho, 1989, p. 25; CARUSO FONTÁN, M.V y PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., *Principios y garantías del Derecho Penal contemporáneo*, B de F, 2014, p.99.

¹¹⁸ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.79; WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p.332.

QUIRÓS, JIMÉNEZ DE ASÚA, FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS¹¹⁹, y, finalmente, el movimiento de la Defensa Social cuyos máximos exponentes son GRAMMATICA y ANCEL¹²⁰.

No obstante, a pesar de la existencia de estas cuatro escuelas, se considera que el defensor más significativo de la teoría de la prevención especial fue, desde la Escuela Sociológica Alemana, VON LISZT¹²¹, a quien, en palabras de MUÑOZ CONDE, se le atribuye el logro de reemplazar el Derecho penal retribucionista influido por la Escuela Clásica por una concepción preventiva de la pena orientada por la idea del fin¹²².

Se considera por la doctrina que la obra de VON LISZT supone una nueva y revolucionaria forma de entender el método del Derecho penal, del infractor, y de la relación entre los individuos con el poder punitivo¹²³.

Como explica ROXIN, VON LISZT fundó en 1889 junto con el belga PRINS y el holandés VAN HAMEL, la Internationale Kriminalistische Vereinigung, que contribuyó a la divulgación de los nuevos planteamientos político-criminales. En 1924, apareció junto a la misma la Association Internationale du Droit Pénale. Después de la guerra, fue sobre todo la Association Internationale du Droit Pénale la que continuó con el trabajo de VON LISZT¹²⁴.

De esta suerte, en su obra *El Programa de Marburgo*, VON LISZT reconoce tres finalidades dentro de la teoría de la prevención especial. Por un lado, está la intimidación, que estaría dirigida a los delincuentes ocasionales o pasionales, la corrección, para los sujetos susceptibles de corrección, y, por último, la inocuización para los delincuentes habituales que no fueran susceptibles de mejora¹²⁵. De estas tres finalidades, las que más

¹¹⁹ CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, op cit, p.82; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, 1976, p.68; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, op cit, p.84.

¹²⁰ RUBIO LARA, PA., *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito*, op cit, p.23; GARCÍA PABLOS, A., *Derecho Penal. Introducción*, op cit, p.94; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, op cit, p.102; CARUSO FONTÁN, M.V y PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., *Principios y garantías del derecho penal contemporáneo*, op cit, p.100.

¹²¹ LESCH, H.H., *La función de la pena*, op cit, p. 31; O. VILLANOVA, M., Los fines del programa: ¿resocializar? Una mirada crítica desde el liberalismo, disponible en http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Doctrina/Los_fines_del_programa_resocializador.pdf; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, op cit, p.35; BAEZA AVALLONE, V., *La rehabilitación*, Edersa, 1983, p.232; BUSTOS RAMÍREZ, J y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones del Derecho Penal. Volumen I*, Trotta, 1997, p.50.

¹²² MUÑOZ CONDE, F., La herencia de Fran Von Liszt, en *Revista penal México*, nº2, 2011, p.61.

¹²³ QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal. Parte General*, op cit, p.191.

¹²⁴ ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, 1997, p.86.

¹²⁵ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.79.

interesan para este apartado son la corrección de los delincuentes corregibles y la inocuización de los delincuentes incorregibles, ya que son las que se corresponden con la finalidad preventivo especial positiva y negativa de la pena.

Para VON LISZT, los delincuentes irrecuperables eran uno de los problemas más graves de su tiempo y lo identificaba con las clases sociales más desfavorecidas. Su propuesta para resolver ese problema pasaba por la pérdida de libertad de por vida o por un período de tiempo indeterminado. Esta función de la pena sería la conocida como prevención especial negativa. Para el segundo grupo, los delincuentes corregibles, proponía una pena privativa de libertad de entre uno y cinco años. Habría que recurrir al trabajo y a la educación como motores de esta tarea de corrección. En idéntico sentido, primero se empezaría con una reclusión unicelular y posteriormente se pasaría a una reclusión comunitaria. Esta función sería la prevención especial positiva. Finalmente, el tercer grupo de delincuentes estaría constituido por los ocasionales, los delincuentes que no presentan mucho riesgo de reiteración. Para estos individuos, la pena debería jugar un papel intimidatorio, una advertencia¹²⁶.

Al hablar de este autor, las teorías relativas de la pena suponían una evolución científica a la hora de abordar la finalidad del castigo, ya que, tal y como él mismo reconocía, *“una teoría penal que no sepa decir por qué realmente se castiga, por qué sólo se castiga después de haberse delinquido, y por qué se castiga al delincuente, aun cuando el acto de este no dé el fundamento jurídico de la pena, y, en fin, que reconozca que es el Estado quien pune al delincuente, una semejante teoría no puede seguir pretendiendo un lugar en nuestra ciencia”*¹²⁷.

En efecto, como expone CUTIÑO RAYA, la pena evoluciona desde la reacción punitiva instintiva de las primeras sociedades a una reacción social buscando un fin, el cuál es administrado por personas extrañas al conflicto¹²⁸, de ahí que *“bajo el dominio del pensamiento finalista, la violencia punitiva se convierte en derecho penal”*¹²⁹.

Así pues, tal y como se visualiza en el referenciado pensamiento de VON LISZT, dentro de la doctrina de la prevención especial nos encontraríamos dos subcorrientes doctrinales. En primer lugar, la prevención especial negativa o inocuización, la cual cumpliría con dos objetivos. Por un lado, la pena privativa de libertad impuesta jugaría

¹²⁶ VON LISZT, F., *La Idea de fin en el Derecho Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 1994, pp.111-131.

¹²⁷ *Ibidem*, p.59.

¹²⁸ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, política penitenciaria y sistema penal*, op cit, p.79.

¹²⁹ VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho Penal*, op cit, p.63.

un rol intimidatorio para el que ya ha cumplido la misma, de modo que no vuelva a delinquir¹³⁰.

Por otro lado, como afirma CASTRO MORENO, la vertiente negativa de la prevención especial consistiría también en la inocuización o el aseguramiento del delincuente como forma de protección de la sociedad, impidiendo así físicamente al infractor su reincidencia¹³¹.

En segundo lugar, nos encontraríamos con la conocida como prevención especial positiva, que se centra en la reinserción social del delincuente corregible, la cual se consigue evitando la reincidencia¹³². Para llevar a cabo dicha corrección, se hará uso de diversas formas de tratamiento penitenciario aplicables durante el internamiento en la institución penitenciaria¹³³.

Se configuraría así el tratamiento penitenciario como el conjunto de actividades que tienden directamente a la consecución de la reeducación y la reinserción social del afectado, y más concretamente a que el interno llegue a ser una persona con la intención de vivir respetando la ley penal, así como de subvenir a sus necesidades¹³⁴.

Así pues, la prevención especial alcanzaría su máxima significación en la fase de ejecución de la pena¹³⁵, aunque también en la fase de imposición de la pena se debería evaluar su idoneidad atendiendo a criterios de prevención especial en aras de no imponer una pena notoriamente errónea¹³⁶.

En síntesis, la prevención especial positiva demandaría un proceso de interacción entre el individuo y la sociedad, procedimiento que requiere una aceptación de la ley penal por parte del individuo a resocializar, así como un compromiso por parte del encargado de resocializarlo de conseguir dicho objetivo¹³⁷.

¹³⁰ LÓPEZ MELERO, M., Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador. La reeducación y la reinserción social de los reclusos, en *ADPCP*, 2012, p.7.

¹³¹ CASTRO MORENO, A., *¿El por qué y el para qué de las penas?*, op cit, p.80.

¹³² LESCH, H H., *La función de la pena*, op cit, p. 31; JAKOBS, G., *La pena estatal: Significado y finalidad*, Thomson Civitas, 2006, p.158.

¹³³ OCHOA ROMERO, A., *La justificación de la pena*, Editorial Porrúa México, 2010, p. 51.

¹³⁴ FERRER GUTIÉRREZ, A., *Manual práctico sobre ejecución penal y Derecho Penitenciario, Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 309; GINER DE ALEGRÍA, CA., *Tratamiento Penitenciario*, en NICOLÁS GUARDIOLA, JJ., *Prevención, predicción y tratamiento. Condenados a penas privativas de libertad*, Diego Martín, 2011, p. 76.

¹³⁵ FALCÓN Y TELLA, MJ y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamentos y finalidad de la sanción*, op cit, p. 191.

¹³⁶ ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Res, 1981, p.131.

¹³⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 96 y 98.

A) La prevención especial negativa

Como hemos mencionado *supra*, la prevención especial negativa consistiría en la inocuización o el aseguramiento del delincuente como forma de protección de la sociedad, impidiendo así físicamente al infractor la comisión de nuevos delitos¹³⁸.

Reiterando lo ya comentado, autores como LÓPEZ MELERO también manifiestan que la inocuización tendería además a buscar la evitación de la reincidencia por parte del sujeto al que se le impone la pena debido al rol intimidatorio que la misma ha jugado sobre el sujeto que ya la ha sufrido, ya que, cuando un individuo pasa por prisión durante determinado tiempo, al cumplir su condena, no querrá volver a pasar por otro período de tiempo determinado en prisión¹³⁹.

Autores como HASSEMER y MUÑOZ CONDE consideran que la prevención especial negativa se reflejaría en diversas instituciones como las siguientes: la prisión perpetua, la agravación de la pena para los delincuentes habituales, y la aplicación de medidas de seguridad como forma de prolongación de la duración de la pena a los autores de delitos sexuales, o de eliminación de sus impulsos sexuales¹⁴⁰. En este sentido, CUTIÑO RAYA considera que otros tipos de penas como las inhabilitaciones también son producto de esta finalidad, pues impiden que la persona pueda acceder a la profesión, cargo o actividad desde los que se perpetró el delito. También las medidas de seguridad para delincuentes peligrosos¹⁴¹.

La prevención especial negativa gira en torno a la idea que ya manifestaba VON LISTZ, esto es, que existen personas peligrosas que no se pueden reinsertar en la sociedad¹⁴². Tal y como expone CUTIÑO RAYA, la prevención especial negativa no ha sido pensada como una teoría independiente de la pena, a modo de las que se han analizado anteriormente, sino que se configura como una teoría complementaria que

¹³⁸ CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, op cit, p.80; CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.87; STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General: el hecho punible*, op cit, p.14.

¹³⁹ LÓPEZ MELERO, M., *Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador. La reeducación y la reinserción social de los reclusos*, op cit, p.7. También apunta a este efecto CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.77.

¹⁴⁰ HASSEMER, W y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, op cit, p.186. Con respecto a la inocuización en los supuestos de delincuentes sexuales véase SILVA SÁNCHEZ, JM., *El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídicas penales frente a los delincuentes sexuales violentos*, en ARROYO ZAPATERO, LA y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Homaneja al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam. Volumen I*, Ediciones Universidad Salamanca, 2001, pp. 700-710.

¹⁴¹ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, pp.91-93.

¹⁴² *Ibidem*, p.87.

funcionaría cuando fallan otras finalidades de la pena, especialmente, la prevención especial positiva¹⁴³.

También en opinión de PÉREZ TOLENTINO, la prevención especial negativa tendría un carácter residual dentro de la corriente de la prevención especial, pues se reservaría para delincuentes a los que ya se ha intentado reinsertar y respecto de los cuales no se ha logrado dicha meta¹⁴⁴.

En este sentido, una primera crítica se encontraría en el propio régimen del cumplimiento de la pena de prisión, ya que, si bien la prisión tendría un cierto efecto incapacitador a causa del aislamiento de la sociedad de la persona, no existiría ningún obstáculo para que la misma siguiera pudiendo cometer delitos dentro de la propia prisión o en los momentos en los que saliera del centro penitenciario¹⁴⁵.

Por otro lado, no habría que ignorar la visión individualizada de la criminalidad que la prevención especial negativa mantendría, así como el ataque directo que la misma supondría para el principio de proporcionalidad, ya que la pena se agravaría por la peligrosidad del sujeto y no por la gravedad del hecho¹⁴⁶.

B) La prevención especial positiva

Remontándonos a explicaciones anteriores, la prevención especial positiva se centraría en la evitación de la reincidencia a través de la consecución de la reinserción social del infractor¹⁴⁷, mediante la aplicación de un tratamiento penitenciario durante su internamiento¹⁴⁸.

La prevención especial positiva, al menos teóricamente, se estima hoy en día la principal función de la pena en el ordenamiento jurídico español¹⁴⁹.

Se ha de remarcar que, ya antes del siglo XIX, en el contexto internacional, se buscaba la reinserción social de los delincuentes a través de una serie de instituciones que surgieron en la Edad Moderna. CUTIÑO RAYA, en este sentido, mencionaba la House of Correction de Bridewell (1552) y Rasphuis (1596) o Spinhuis (1597) en Holanda.

¹⁴³ *Ibidem*, p.88.

¹⁴⁴ PÉREZ TOLENTINO, J.A., La inocuización como prevención especial negativa, en *Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada*, Vol VIII, 2012, p.4; ZUGALDÍA ESPINAR, JM., *Fundamentos de Derecho Penal. Las teorías de la pena y de la ley penal*, op cit, p.60.

¹⁴⁵ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.88.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p.94.

¹⁴⁷ LESCH, HH., *La función de la pena*, op cit, p.31.

¹⁴⁸ OCHOA ROMERO, A., *La justificación de la pena*, op cit, p.51.

¹⁴⁹ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.100.

Dicho investigador apunta a que se trataba de establecimientos para vagabundos, mendigos, prostitutas y para la población pobre que no trabajaba, aunque del mismo modo en determinados casos se usaban ya penas de prisión por delitos, con la finalidad de corregir a estos grupos e inculcarles la disciplina del trabajo urbano¹⁵⁰.

Empero, es a partir del siglo XIX con las corrientes de la Escuela positiva italiana, la Escuela sociológica alemana y con la Escuela correccionalista española, y, posteriormente, con el nacimiento del Estado del Bienestar, cuando esta finalidad pasa oficialmente a las instituciones penales¹⁵¹.

En esta misma época, junto con el auge de las ideas reformadoras del delincuente, la prisión se comienza a percibir como la institución idónea para corregir al mismo¹⁵².

En esta línea, se considera que la Declaración de Principios de la Asociación Americana de Prisiones de 1870 sería la primera manifestación oficial y explícita de este renaciente ligamen entre la prisión y la corrección de los infractores¹⁵³.

De esta suerte, como ya mencionamos anteriormente, no se puede negar la importancia que tiene el positivismo criminológico italiano, cuyos máximos exponentes, como mencionamos anteriormente, son LOMBROSO, FERRI y GARÓFALO¹⁵⁴, para entender la reinserción social¹⁵⁵. El positivismo criminológico italiano se abastecía de una serie de conocimientos que se habían venido desarrollando en años anteriores, tales como la fisonomía, la frenología, la psiquiatría y la antropología¹⁵⁶.

En estas teorías se advierte la tendencia de transformar la pena, instrumento antaño puramente represivo, en un instrumento de cariz preventivo especial positivo¹⁵⁷. Para la Escuela Positiva italiana, el criterio de la medida del castigo lo daba la peligrosidad del infractor. Esta corriente ideológica mostraba una clara predilección por

¹⁵⁰ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.100.

¹⁵¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL., La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria, en *Papers d'estudis i formació*, nº12, 1993, p.9.

¹⁵² CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.101; CLEMENTE DÍAZ, M y SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, Ministerio de Justicia. Escuela de Estudios Penitenciarios, 1989, p.77.

¹⁵³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL., La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria, op cit, p.10.

¹⁵⁴ GRAMMATICA, F., *Principios de Derecho Penal subjetivo*, Instituto Editorial Reus, 1941, p.97; CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, op cit, p.82; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, op cit, p.68; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, op cit, p.84; GARCÍA PABLOS, A., *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, 2014, p.449.

¹⁵⁵ CUTIÑO RAYA, S., *Fin de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.101.

¹⁵⁶ La explicación de cada una de estas ciencias puede verse en GARCÍA PABLOS, A., *Tratado de Criminología*, op cit, pp.413-428.

¹⁵⁷ DORADO MONTERO, P., *Problemas de Derecho Penal*, Analecta Editorial, 1895, p.36.

el tratamiento, los sustitutivos penales, las medidas en lugar de las penas y por la necesidad de un sistema individualizador. Este sistema científico hacía gravitar todos los esfuerzos en torno al delincuente sin estudiar o cuestionar el delito y la ley penal. En este sistema las garantías legales cedían al arbitrio judicial y penitenciario. Incluso algunas de sus proposiciones más radicales proponían desjuridizar la función penal, introduciendo antropólogos, sociólogos, psicólogos, etc¹⁵⁸.

En esta línea, si se habla de prevención especial positiva, resulta de obligatoria mención VON LISZT, autor que consideraba la existencia de infractores incorregibles e infractores corregibles. Para estos últimos, VON LISZT creía que había que recurrir al trabajo y a la educación como motores de esta tarea de corrección. En esta línea, en su obra *La idea de fin en el Derecho Penal*, manifiesta que, para conseguir la corrección de los infractores corregibles, primero se empezaría con una reclusión unicelular y posteriormente se pasaría a una reclusión comunitaria¹⁵⁹.

La Nueva Defensa Social también es otra corriente que defiende la prevención especial positiva¹⁶⁰. Dentro del movimiento de la Nueva Defensa Social los máximos representantes fueron GRAMMATICA y ANCEL. Este último definía a la Defensa Social como un movimiento político criminal preocupado no en castigar al delincuente, sino en proteger a la comunidad, de una manera eficaz, utilizando para ello estrategias extrapenales cuya base residía en un conocimiento científico de la personalidad del infractor y que neutralizaban su peligrosidad de forma individualizada. El movimiento de la Defensa Social entendía al infractor como un miembro más de la sociedad cuya conducta había que comprender. En este sentido, reclamaban el tratamiento resocializador del delincuente que proporcionaba a este el sentido de su responsabilidad¹⁶¹.

La Nueva Defensa Social compartía con la Escuela Positivista Italiana que el centro de toda intervención era el delincuente y que dicho objetivo exigía un conocimiento e intervención de cariz pluridisciplinar sobre el delincuente. Empero, la principal diferencia entre ambas estribaba en que la Nueva Defensa Social sostenía mantener el principio de legalidad para evitar actuaciones totalitarias¹⁶².

¹⁵⁸ GARCÍA PABLOS, A., *Tratado de Criminología*, op cit, pp.453 y 454.

¹⁵⁹ VON LISZT, F., *La Idea de fin en el Derecho Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 1994, pp.111-131.

¹⁶⁰ RUBIO LARA, PA., *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito*, op cit, p.23; GARCÍA PABLOS, A., *Derecho Penal. Introducción*, op cit, p.94; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, op cit, p.102.

¹⁶¹ GARCÍA PABLOS, A., *Tratado de Criminología*, op cit, p.508.

¹⁶² CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.106.

En España, fue la corriente correccionalista la que dejó su impronta. Dentro del correccionalismo, destacan autores como GINER DE LOS RÍOS, ARENAL y SALILLAS.

Como expone SAÍNZ CANTERO¹⁶³, a GINER DE LOS RÍOS se le debe la primera exposición de las ideas correccionalistas en España. Dicho autor concebía el delito como una perturbación del orden jurídico debida a una alteración en la voluntad del infractor. De esta voluntad el delito no es más que una pura manifestación. El criminal es un ser incapaz de dirigir su vida a causa de una anómala situación de su voluntad. Por todo ello, necesita una ayuda estatal. La pena sería esa ayuda estatal, esto es, un tratamiento. Según este autor, la pena no sería un mal sino un bien, ya que tiende a reinsertarlo. Para GINER, el fin de la pena debía ser exclusivamente correccional, y para ello señalaba como única pena idónea la privación de libertad, la cual consideraba que habría de cumplir el interno en aislamiento absoluto. Rechazaba la pena de muerte, así como las aflictivas, que, en su opinión, no dejaban lugar alguno para la enmienda. Además, pensaba que era un error determinar la sentencia a priori, y de una manera irrevocable. En este sentido, defendía la idea de aplicar sobre cada interno un tratamiento distinto para reeducarlo en función de sus diversas características personales y circunstancias.

Como se ha mencionado, otro de los autores de gran calado del correccionalismo español fue ARENAL. Para esta autora, el infractor era un ser débil, un sujeto incapaz que cedió a la mala tentación por no ser capaz de esquivarla, y por ello necesita una corrección. ARENAL consideraba que esa corrección sería un deber del condenado.

Por otro lado, según SILVELA, el infractor al cometer el delito ha negado la ley y ha perturbado el orden jurídico, orden jurídico que debe ser restablecido. SILVELA no creía que eso se conseguiría solamente castigando al delincuente. Así, la restauración completa sólo se conseguiría cuando existiera la imposibilidad de que dicho orden jurídico volviera a ser perturbado, esto es, cuando se haga desaparecer el elemento perturbador. Para ello habría que corregir la voluntad corrompida del delincuente. Así, no quedaría más camino que utilizar la pena para conseguir dicho restablecimiento. Ahora bien, en este caso la pena no funcionaría a modo de tutela, sino a modo de exigencia y derecho del Estado y de todos sus miembros. Ahora bien, partiendo de estas premisas, SILVELA asumía una postura más ecléctica ya que consideraba que la corrección era la

¹⁶³ SAÍNZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Bosch, 1990, pp.189-200.

finalidad principal de la pena, pero no la única. SILVELA, contrario a las sentencias penales determinadas a priori, creía que el infractor debería permanecer en prisión hasta que se constatará que dicha enmienda se había producido.

Si bien las posiciones teóricas de los autores correccionalistas referenciados fueron relevantes, podría decirse que, en España, el principal exponente de la Escuela Correccionalista fue DORADO MONTERO, cuya obra más importante fue *El Derecho protector de los criminales*. En opinión de DORADO MONTERO, y en un sentido similar a FERRI, debía existir un único sistema monista de consecuencias jurídicas de duración indeterminada. Según este autor, las penas no podrán tener nunca una duración determinadamente fija, ni su intensidad ser tasada de una manera exacta de antemano, sino que su uso dependerá de si logran o no el fin que persiguen¹⁶⁴.

Partiendo de estas premisas, DORADO pretendía operar un cambio profundo que requería la sustitución del viejo Derecho penal por un Derecho correccional protector de los criminales. La ejecución de este nuevo Derecho penal requeriría un conocimiento del infractor.

De esta suerte, el pensamiento de DORADO exigía una suerte de pedagogía correccional basada en la psicología, en detrimento de la Administración penal tradicional. Dicho autor consideraba que los magistrados y los abogados deberían ser sustituidos por funcionarios especializados, expertos en psicología, antropología, etc, capaces de diagnosticar y tratar cada caso concreto. Todo ello iría dirigido no a castigar el delito sino a corregir a los infractores. En consecuencia, el tratamiento individualizado sustituiría a la pena, siendo el criterio definidor del mismo las exigencias pedagógicas que demandara cada tipo de delincuente. La duración de ese tratamiento sería indeterminada ponderándose para ello los antecedentes del autor, su peligrosidad real y la respuesta del mismo¹⁶⁵. De esta forma, el juez devendría un médico penal que ejercería sus funciones correctoras sin restricciones de ningún tipo¹⁶⁶. Para DORADO, el delincuente era un ser débil necesitado de ayuda al que sólo se le aplicarían medidas de tutela y de protección, no penas.

En esta línea, se ha de destacar que el primer penitenciario español que llevó a la práctica un sistema progresivo basado en la consecución de la reinserción social de los

¹⁶⁴ DORADO MONTERO, P., *El derecho protector de los criminales*, Librería general de Victoriano Suárez, 1915, p.269.

¹⁶⁵ GARCÍA PABLOS, A., *Derecho Penal. Introducción*, op cit, pp.427 y 428.

¹⁶⁶ GARCÍA PABLOS, A., *Tratado de Criminología*, op cit, p.489.

infractores fue MONTESINOS Y MOLINA. Su sistema estaba inspirado en una ideología reformadora y humanista. Así, el lema que se leía a la entrada del presidio de Valencia rezaba “*La prisión sólo recibe al hombre. El delito queda en la puerta*”¹⁶⁷.

El sistema de MONTESINOS se dividía en tres períodos: el denominado período de los hierros, el período del trabajo y el período de la libertad intermediaria. En el primer período el comandante del presidio se presentaba a los nuevos internos y posteriormente estos eran conducidos a su correspondiente celda. A continuación, pasaba una brigada, llamada de depósito, donde sin contacto con los demás reclusos se la destinaba a misiones de limpieza y sobre todo a forjarle inclinaciones positivas. Allí sería observado detenidamente y sin ningún género de coacción pasaría al taller correspondiente para aprender un oficio. En el segundo período del trabajo, el interno se formaba profesionalmente. Finalmente, en la tercera etapa, la denominada de la libertad intermediaria, se hacía salir a los internos al exterior del establecimiento penitenciario para realizar trabajos continuados o bien para realizar determinados encargos de cierta responsabilidad. Dichas salidas se efectuaban sin vigilancia alguna¹⁶⁸.

¹⁶⁷ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones*, Edisófer, 1998, p.83.

¹⁶⁸ Este resumen de las diversas etapas del sistema penitenciario del Coronel Montesinos ha sido extraído de GARRIDO GUZMÁN, L., *Compendio de ciencia penitenciaria*, Colección de Estudios. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, 1976, pp.74-76.

CAPÍTULO II. LA REINSERCIÓN SOCIAL EN EL ARTÍCULO 25.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

II.1) Aproximación al ideal resocializador

Coincidimos con HADDAD en que a la hora de referirnos a los conceptos de reinserción social o rehabilitación se da por sabida su noción teórica, ignorando la magnitud que los mismos encierran¹⁶⁹.

En primer lugar, tal y como explicamos en epígrafes anteriores, al hablar de reinserción social se evoca una variante de la teoría de la prevención especial, concretamente, la prevención especial positiva, no siendo esta la única¹⁷⁰ variante que constituye uno de los pilares básicos que informan el Derecho penitenciario español¹⁷¹.

En este sentido, a la hora de hablar de ideal resocializador o de función resocializadora de las penas, resulta muy interesante aludir a la reflexión que realiza GARCÍA VALDÉS, quien expone que *“el paradigma resocializador destaca, además, por su realismo. No le interesan los fines ideales de la pena, ni el delincuente abstracto, sino el impacto real del castigo, tal y como éste se cumple, en el penado concreto de nuestro tiempo; ni la pena nominal que contemplan los Códigos, sino la que efectivamente se ejecuta en los actuales establecimientos penitenciarios”*¹⁷².

En el ordenamiento jurídico español, fue la Constitución de 1812 la primera que hacía referencia a los fines de la pena. Sin citar expresamente a la reinserción social, su artículo 297 establecía que se dispondrían las cárceles de manera que sirvieran para asegurar y no para molestar a los presos: así, el alcaide tendría a los internos en buena custodia, y separados los que el juez mandara tener sin comunicación, pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos. En este sentido, se hace una alusión a la rehabilitación en su artículo 24.3, donde se dispone que la calidad de ciudadano español se pierde por sentencia en que se impongan penas aflictivas o infamantes, si no se obtiene la rehabilitación.

Posteriormente, también se hizo una referencia a los fines de la pena en la Constitución Federal de la Primera República de 1873, que estuvo influenciada por el correccionalismo. Así, en su artículo 8 se disponía que toda persona tendría asegurados

¹⁶⁹ HADDAD, J., *Derecho Penitenciario*, Ciudad Argentina, 1999, p. 182.

¹⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, B de F, 2010, p.26.

¹⁷¹ MIR PUIG, C., *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Atelier, 2015, p. 25.

¹⁷² GARCÍA PABLOS, A., *Tratado de Criminología*, op cit, p.1049.

en la República, entre otros, su derecho, en caso de caer en culpa o delito, a la corrección y a la purificación por medio de la pena.

Luego de la Constitución Federal de la Primera República de 1873 no se volvieron a tener en cuenta las finalidades de la pena hasta nuestra actual Constitución de 1978¹⁷³. En efecto, como se acaba de reflejar, no existen precedentes en los textos constitucionales anteriores al del 1978 como el reconocido en el artículo 25.2 de nuestro vigente texto constitucional, en el que de forma explícita se orientan las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad hacia la consecución de la reinserción social¹⁷⁴, es decir, la finalidad preventivo especial positiva de las penas aparece explícitamente recogida en la CE por primera vez.

No obstante, como recuerda CÓRDOBA RODA, este precepto guarda cierta afinidad con los recogidos en el Reglamento de los Servicios de Prisiones del año 1956, que atribuían al cumplimiento de las penas privativas de libertad de duración superior a seis meses la función de tratar a los condenados con la finalidad de que pudieran reintegrarse en la sociedad¹⁷⁵.

Como se puede ver, la CE, a diferencia de los Reglamentos de Prisiones, no limita la finalidad reinsertadora de la pena a la sola fase de ejecución ni restringe las finalidades de reeducación y reinserción únicamente a las privativas de libertad superiores a los seis meses, sino que las extiende a toda pena privativa de libertad y medida de seguridad¹⁷⁶.

De esta suerte, actualmente nuestro ordenamiento jurídico positiviza este ideal resocializador de forma explícita en tres textos normativos. En primer lugar, en la CE, cuyo artículo 25.2 dispone que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. Esta declaración tiene su origen en la contenida en el artículo 24.4 del anteproyecto de la CE, donde se establecía que las penas privativas de libertad tendrán una finalidad de reeducación y reinserción social y no podrán suponer, en ningún caso,

¹⁷³ En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, *op cit*, p.131; MANZANARES SAMANIEGO, JL., *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Comares, 2008, p.216.

¹⁷⁴ LÓPEZ MELERO, M., El artículo 25.2 de la CE como pauta de interpretación de los derechos fundamentales de los internos, en *Revista de Estudios Penitenciarios. In memoriam del profesor Francisco Bueno Arús*, nº extra, 2013, p.151.

¹⁷⁵ CÓRDOBA RODA, J., La pena y sus fines en la Constitución de 1978, en *Papers: revista de sociología*, nº13, 1980, p.131.

¹⁷⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, 2001, p.32.

trabajos forzados¹⁷⁷. Posteriormente, hasta la configuración actual, tanto en el texto Ponencia a este artículo, como en el texto del Dictamen de la Comisión del Congreso de los Diputados, así como en el texto aprobado por el Congreso, por el Pleno del Senado, y, finalmente, en el texto de la Comisión Mixta, se usó la locución de que el artículo 25.2 CE hace hoy día gala, a saber, “*Las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social*”¹⁷⁸.

Hay que señalar, en primer lugar, que la estructura de una norma como la que representa el artículo 25.2 CE es diferente respecto del resto de las otras normas jurídicas, ya que, en lugar de estar determinada a dar una respuesta a una situación de hecho, se halla destinada al logro de un fin¹⁷⁹. En definitiva, nos encontramos ante una norma de programación final¹⁸⁰, tratándose éstas de normas que dejan un amplio margen de arbitrio a aquéllos que deben observarlas¹⁸¹.

Como señala MAPELLI CAFFARENA, el legislador ha preferido emplear en el texto las expresiones “reinserción social y reeducación” en lugar de resocialización o prevención especial. Esto se debe a que se ha preferido la utilización de términos que cuentan con un mayor arraigo en la ciencia penal¹⁸².

Entrando en el contenido del precepto, en primer lugar, se puede ver cómo en el mismo se explicita la función preventivo especial de las penas privativas de libertad, pero, sin embargo, no se hace ninguna referencia explícita a la función de prevención general de la pena que, según el autor, cabe deducir de los límites a las mismas del artículo 15, del “sentido de la pena” aludido en el artículo 25 y de las propuestas de política penal de los artículos 45 y 46¹⁸³.

En segundo lugar, la referencia que se produce en el precepto no lo es respecto a toda clase de penas, sino tan sólo a aquellas que son privativas de libertad, mientras que

¹⁷⁷ PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, op cit, p.240.

¹⁷⁸ SERRANO ALBERCA, J.M., Título primero. De los derechos y deberes fundamentales, en GARRIDO FALLA, F (dir), Civitas, 1980, p.325 y 326.

¹⁷⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español* op cit, p.30.

¹⁸⁰ DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, 1989, p.43.

¹⁸¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, op cit, p.30.

¹⁸² MAPELLI CAFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, op cit, pp.140 y 141.

¹⁸³ ESCRIVÁ GREGORI, JM., Algunas consideraciones sobre Derecho Penal y Constitución, en *Papers: Revista de sociología*, nº13, 1980, p.161.

la mención de las medidas de seguridad lo es en todo caso, consistan o no en una privación de libertad¹⁸⁴.

Respecto a las penas privativas de libertad, explican SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, que el artículo 25.2 CE sólo comprende las penas privativas de libertad que se estén ejecutando en centros penitenciarios en régimen cerrado o en libertad bajo el control penitenciario¹⁸⁵.

Respecto a la cuestión de por qué el artículo 25.2 CE sólo alude a las penas privativas de libertad, OCTAVIO DE TOLEDO considera que se podrá obtener un mayor grado de resocialización de ellas que de otra clase de penas que no sean privativas de libertad¹⁸⁶. En sentido parecido, QUINTERO OLIVARES expone que los constituyentes centraron su atención y preocupación en los efectos desocializadores, conocidos y probados de la privación de libertad. Por eso la mención a la reinserción social se dirige a estas penas y no al sistema penal en un sentido global¹⁸⁷.

Además, GARCÍA ARÁN afirma que si la norma constitucional ha excluido el resto de penas es por ser un texto informador general y que pretende recoger los derechos fundamentales de los ciudadanos, y, por tanto, se ha detenido en las reacciones penales que por ser más aflictivas pueden suponer una mayor lesión de los mismos, entre los que ocupa un lugar destacado el derecho fundamental a la libertad¹⁸⁸.

Como explica GONZÁLEZ COLLANTES, entre otros, no se puede ignorar que nos encontramos aquí ante un precepto inspirado en el artículo 27.3 de la Constitución italiana, artículo que establece que las penas no podrán consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad y que deberán encaminarse a la reeducación del condenado¹⁸⁹.

No obstante, este artículo presenta tres diferencias fundamentales con su homónimo italiano, a saber: mientras que el artículo 27.3 de la Constitución italiana alude

¹⁸⁴ BOIX REIG, J., Significación jurídico-penal del artículo 25 de la Constitución, en CASABÓ RUÍZ, JR., *Escritos penales*, Colección de Estudios Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, 1979, p.113.

¹⁸⁵ SERRANO GÓMEZ, A y SERRANO MAÍLLO, MI., *El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social*, Dykinson, 2002, p.24.

¹⁸⁶ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones, 1981, p.281; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, *op cit*, p.72.

¹⁸⁷ QUINTERO OLIVARES, G., La reinserción y el marco constitucional del sistema penal, en MORENO CATENA, V., *Constitución y Derecho Público*, Tirant lo Blanch, 1995, p.444.

¹⁸⁸ GARCÍA ARÁN, M., *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*, Ediciones de la Universitat de Barcelona, 1982, p.186.

¹⁸⁹ GONZÁLEZ COLLANTES, T., La posición a asignar a la resocialización en el marco de la teoría de la pena a partir de la declaración contenida en las Constituciones de Italia y España, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol XXXVII, 2016, p.17.

a tan sólo a las penas, en el texto español se mencionan las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad; la exigencia constitucional es más imperativa en el texto italiano al emplear la locución “deben tender”, y, finalmente, mientras que en el texto italiano se alude a la reeducación del condenado, en el texto español se alude a la reeducación y a la reinserción social, con lo que existiría una mayor dimensión social de la CE¹⁹⁰.

En este sentido, además de por su originalidad, el artículo 25.2 CE despunta por los numerosos cambios que impuso dentro de la esfera de la ejecución penal. Así, destaca especialmente la referencia a una ley penitenciaria que no existía hasta ahora en nuestro país y que impuso un gran orden dentro de ese marco. También destaca dicho precepto constitucional porque en él aparecen junto a las metas resocializadoras relevantes límites a la actividad penitenciaria, y, finalmente, porque se recogen un elenco de derechos del recluso que nos dan a entender el sentido que tiene para el legislador el principio de respeto de la dignidad humana¹⁹¹.

En puridad, con la incorporación de la reinserción social en la CE se da un paso adelante en el establecimiento de un Estado social, que no se basa en afianzar unas garantías de índole formal, sino que se fija unas metas de contenido social¹⁹².

En segundo lugar, dicho ideal resocializador aparece recogido en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante LOGP), cuyo artículo 1 reza que las instituciones penitenciarias presentes en la LOGP tendrán como fin principal la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados y la asistencia social de los internos, liberados y de sus familiares. Como se puede comprobar, el artículo 25.2 CE es clara fuente de inspiración de esta Ley¹⁹³. Con respecto a la LOGP, cabe mencionar que sus redactores estuvieron muy influenciados por un elenco de textos internacionales que simbolizaron las tendencias aperturistas del penitenciarismo internacional y comparado más avanzado del momento. Así, recibieron influencias de las Reglas mínimas para el tratamiento de los Reclusos de 1955, así como

¹⁹⁰ BOIX REIG, J., Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución, en CASABÓ RUIZ, JR., *Escritos penales, op cit*, p.121.

¹⁹¹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español, op cit*, p.132.

¹⁹² DE SOLA DUEÑAS, A., Desarrollo democrático y alternativas políticocriminales, en *Papers: Revista de sociología*, nº13, 1980, p.225.

¹⁹³ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., La crisis del sistema penitenciario español de individualización científica, en *Diario La Ley*, nº8568, 2015, p.5.

de las posteriores del Consejo de Europa de 1973, y de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1966. En definitiva, esta ley partía de la idea de que mantener a los internos alejados de la sociedad de manera absoluta no era compatible con el fin resocializador¹⁹⁴.

En este sentido, en la exposición de motivos del Proyecto de la LOGP ya se recogía el ideal resocializador. En efecto, en dicho texto se establecía que la finalidad fundamental que tanto doctrina como legislación atribuía en la actualidad a las penas y a las medidas de privación de libertad era la prevención especial, entendida como reeducación y reinserción social de los condenados, sin perjuicio de prestar atención debida a las finalidades de advertencia e intimidación que la prevención general demanda, y a la proporcionalidad de las penas con la gravedad de los delitos cometidos que el sentido más elemental que la Justicia requiere¹⁹⁵.

Por último, nos encontramos con el artículo 2 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (en adelante RP), cuyo artículo 2, emulando lo dispuesto en el artículo 1 LOGP establece que la actividad penitenciaria tendrá como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y a medidas de seguridad privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados y la asistencia social de los internos, liberados y de sus familiares.

En esta línea, tal y como se menciona *supra*, en cuanto a la fase de imposición y determinación de la pena¹⁹⁶, el CP también hace referencia a la prevención especial positiva en un elenco de preceptos, como, por ejemplo, los artículos 80 a 87. Se trata de artículos que articulan la regulación de la libertad condicional, institución cuya concesión depende primordialmente de la falta de necesidad de prevención especial positiva¹⁹⁷.

Las vías utilizadas por nuestro sistema penitenciario para conseguir la reeducación y la reinserción social son el tratamiento penitenciario y el sistema de progresión de grados de cara a su preparación para la vida en libertad, dado que el axioma de nuestro engranaje penitenciario es que el penado no es un ser eliminado de la sociedad,

¹⁹⁴ FERNÁNDEZ BERMEJO, D., El fin constitucional de la reeducación y de la reinserción social, ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?, en *ADPCP*, LXVII, 2014, p. 369-371.

¹⁹⁵ CRUZ CASTRO, F., *La resocialización como objetivo fundamental de la pena privativa de libertad. Análisis de la legislación costarricense y española*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, p.480.

¹⁹⁶ LUZÓN PEÑA, D., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, op cit, p. 50.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 51.

sino una persona que continúa formando parte de la misma, si bien sometida a un particular régimen jurídico motivado por su comportamiento antisocial anterior¹⁹⁸.

El tratamiento penitenciario gozaba ya de reconocimiento internacional antes de incorporarse a la normativa española, a partir del conjunto de Reglas debatidas en el Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del crimen y el tratamiento de delincuentes celebrado en Ginebra en el 1955, donde se formó el trascendental compendio de Reglas Mínimas¹⁹⁹.

De esta suerte, el artículo 25.2 CE es el pilar básico de la ejecución de las penas privativas de libertad ya que dicho precepto conlleva dos exigencias constitucionales: Por un lado, la exigencia de que toda pena privativa de libertad esté orientada durante su ejecución hacia la reeducación y la reinserción social del condenado²⁰⁰, y, por otro lado, la exigencia de evitar la desocialización social y la prisionización del reo, política cuya puesta en práctica pasará por evitar la prisión en los casos en los que se pueda prescindir de ella²⁰¹.

En este sentido, *grosso modo*, se entiende a la prisionización como el procedimiento por el cual el interno adopta, en mayor o menor medida, los usos y costumbres, tradición y cultura de la prisión, de forma que el interno desarrolla nuevos hábitos en el vestir, comer, etc. Y, sobre todo, interioriza tres ideas fundamentales: No cooperar con los funcionarios en las cuestiones atinentes a la disciplina, no facilitar información que pueda perjudicar a un compañero y no reconocer ninguna deuda con la institución por tener cubiertas sus necesidades durante el tiempo de ingreso en prisión²⁰².

En líneas generales, este precepto obligaría al Estado a construir un sistema de ejecución de la pena que ofrezca al condenado medios y oportunidades para su reinserción social y poner a su disposición institutos jurídicos que puedan facilitar su resocialización, como es el sistema de grados o sistema de individualización científica²⁰³.

¹⁹⁸ MONTERO HERNANZ, T., *Legislación penitenciaria comentada y concordada*, La Ley, 2012, p. 52 y 53.

¹⁹⁹ FERNÁNDEZ BERMEJO, D., El fin constitucional de la reeducación y reinserción social, ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?, op cit, p.367.

²⁰⁰ Díez Ripollés, J.L., *Derecho penal español, parte general en esquemas*, op cit, p.573.

²⁰¹ Véase en GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, 1997, p. 41; MANUEL RÍOS, J., La reinserción social, en RIVIRIEGO PICÓN, F, y DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El cine carcelario*, op cit, p. 336; CÓRDOBA RODA, J., La pena y sus fines en la Constitución Española de 1978, op cit, p. 139.

²⁰² DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Ejecución de penas en España, la reinserción social en retirada*, Comares, 2015, p.22.

²⁰³ LEGANÉS GÓMEZ, S., *La prisión abierta: Nuevo régimen jurídico*, Edisófer, 2013, p. 27.

Como afirma CERVELLÓ DONDERIS, la reinserción social como máxima de la ejecución de penas privativas de libertad debe partir de un presupuesto indispensable cual es la configuración de un Derecho penal basado en la culpabilidad, dado que el hombre como ser libre tiene que ser responsable de sus actos y puede ser capaz de transformarlos²⁰⁴.

II.2) Los elementos del ideal resocializador: la reeducación y la reinserción social

A la hora de apelar al ideal resocializador conviene trazar de forma meridianamente clara la separación entre reeducación y reinserción social en un sentido conceptual.

Como podemos observar, dicho precepto hace gala de dichos términos, pero no los define²⁰⁵.

II.2.1) La reeducación

Expone LÓPEZ MELERO que la reeducación es la primera fase de un proceso de recuperación social que prepara al interno para poder volver a la sociedad y reintegrarse en la misma sin recaer en el delito²⁰⁶, lo que nos induce a pensar que, aunque la CE los separe conceptualmente, ambos formarían parte de un mismo procedimiento.

En parecido sentido, FERNÁNDEZ BERMEJO afirma que dicho proceso consistiría en la orientación del individuo hacia los valores determinantes en la colectividad²⁰⁷.

En esta línea, GONZÁLEZ COLLANTES no apunta a que el individuo acepte unos determinados valores sociales, sino a que se comprometa a ser respetuoso con la legalidad penal, y a una convivencia social alejada de la delincuencia y respetuosa con los derechos y libertades fundamentales de los demás²⁰⁸.

No obstante, independientemente de la definición que se pretenda dar a este fenómeno, existe una tendencia *quasi* unánime en la doctrina a considerar que, lo que si

²⁰⁴ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, Tirant Lo Blanch, 2001, p. 51.

²⁰⁵ ZAPICO BARBEITO, M., ¿Un Derecho Fundamental a la reinserción social?, reflexiones acerca del artículo 25.2 de la Constitución Española, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2009, p. 921.

²⁰⁶ LÓPEZ MELERO, M., Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador. La reeducación y la reinserción social de los reclusos, op cit, p. 303.

²⁰⁷ FERNÁNDEZ BERMEJO, D., El fin constitucional de la reeducación y la reinserción social, ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?, op cit, p.382.

²⁰⁸ GONZÁLEZ COLLANTES, T., *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la Constitución*, Tirant lo Blanch, 2017, p.29.

habría que excluir como significado del término reeducación sería un contenido ético de enmienda o regeneración moral, dado que, se sigue afirmando el derecho del recluso a pensar de modo distinto, y finalmente, a su libertad y su dignidad más esenciales, de manera que una interpretación en un sentido contrario supondría establecer una visión ética del derecho penal²⁰⁹.

Así pues, este proceso consistiría en compensar las carencias del recluso frente al hombre libre otorgándole unas posibilidades de acceso a la cultura y un desarrollo integral de la personalidad²¹⁰, de forma que las aspiraciones de la reeducación se agotarían en la predisposición de los centros penitenciarios a no interrumpir el proceso de desarrollo de la personalidad del interno de acuerdo con los derechos fundamentales recogidos por la CE²¹¹.

La reeducación queda a merced del tratamiento penitenciario, pues este se presenta como su brazo ejecutor²¹², ya que el mismo es la consecuencia inmediata de colocar a la reeducación y a la reinserción social en el vértice del sistema penitenciario²¹³.

Puesto que lo que se pretende es que el infractor vuelva a integrarse en la sociedad una vez ya la reeducación del mismo se dé por satisfecha, el tratamiento penitenciario deberá focalizarse en dos tipos de intervención: una, dirigida al interior de la propia institución penitenciaria, la cual busque una relación armoniosa del individuo con el entorno que le rodea, y otra de carácter externo, que atienda y facilite las relaciones que tenga el interno con el mundo exterior, sus familiares, amigos, etc²¹⁴.

Tal y como explica GONZÁLEZ COLLANTES, desde el siglo XVI, etapa en la que comienzan a aparecer las primeras casas de corrección punitivas, comienza a surgir paralelamente a su aparición la inquietud de cómo tratar a los condenados privados de libertad para resocializarlos, interés que, como se analizó anteriormente, se expandió a partir del siglo XIX y XX, en el momento en el que el tratamiento resocializador alcanzó

²⁰⁹ ZAPICO BARBEITO, M., ¿Un Derecho Fundamental a la reinserción social?, reflexiones acerca del artículo 25.2 de la Constitución española, op cit, p.923.

²¹⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, op cit, p. 55; CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.140.

²¹¹ LÓPEZ MELERO, M., Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador. La reeducación y la reinserción social de los reclusos, op cit, p. 298.

²¹² *Ibidem*, p. 299. El tratamiento se desarrolla hasta el artículo 72 de la LOGP.

²¹³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L y BLANCO CORDERO, I., El sistema prisional en España, en *Eguzkilore*, nº12, 1998, p.245.

²¹⁴²¹⁴ REY HUIDOBRO, L.F., Tratamiento y asistencia social penitenciaria, en *Eguzkilore*, número extraordinario, 1988, p.216.

su punto más álgido. Como expone la citada autora, la codificación internacional del tratamiento penitenciario se produjo con la aprobación por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, por Resolución 663C (XXIV) de 31 de julio, y también irrumpió con fuerza la criminología clínica²¹⁵.

Actualmente, y en el ámbito nacional español, el tratamiento penitenciario aparece regulado y definido en el artículo 59 LOGP como el elenco de actividades dirigidas a conseguir la reeducación y la reinserción social de los penados. Además, se establece en el susodicho precepto que el tratamiento tiene por finalidad conseguir hacer del interno una persona con la intención y capacidad de vivir respetando la ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. En esta línea, también se norma en dicho precepto que se procurará desarrollar en los internos una actitud de respeto a sí mismos, así como un sentido de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo, y a la sociedad en general.

Todas estas ideas de traducen, al hablar de FERNÁNDEZ BERMEJO, en un esfuerzo por parte de la Administración penitenciaria para contrarrestar los efectos negativos que pesan sobre todo internamiento. Por tanto, para lograr la reeducación y posterior reinserción social del infractor sería necesario plantearse en un primer momento cuáles son los aspectos desocializantes que pueden producirse²¹⁶.

El tratamiento penitenciario no se concibe como un deber que el interno deberá acatar obligatoriamente, sino que se procurará fomentar en él su colaboración para que participe en su planificación y ejecución en orden a que en el futuro sea capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos. Dicho tratamiento no pretende pues modificar la personalidad del interno, sino poner a su disposición los elementos necesarios para ayudarle a vivir de acuerdo con la ley²¹⁷.

Como expone GONZÁLEZ COLLANTES, el tratamiento será diseñado y aplicado en función de la personalidad de cada condenado después de la observación científica correspondiente, con base en un diagnóstico de personalidad criminal y un

²¹⁵ GONZÁLEZ COLLANTES, T., *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la Constitución*, op cit, p.31.

²¹⁶ FERNÁNDEZ BERMEJO, D., El fin constitucional de la reeducación y la reinserción social, ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?, op cit, p.402.

²¹⁷ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de derecho penitenciario*, Comares, 2003, p.313.

juicio de pronóstico inicial²¹⁸. Esta idea se extrae de diversos artículos de la LOGP. En primer lugar, del artículo 60.1, donde se establece que los servicios encargados del tratamiento se esforzarán por conocer todas las peculiaridades sobre la personalidad y ambiente del penado que puedan ser un obstáculo para las finalidades indicadas en el artículo 59 LOGP.

En segundo lugar, en el artículo 62 se recogen los principios en los que se basará el tratamiento, esto es: Estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento y el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma que se recogerá en el protocolo del interno; El tratamiento guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio de pronóstico inicial, que serán emitidos tomando como base una consideración ponderada del enjuiciamiento global a que se refiere el apartado anterior, así como el resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales, del sujeto; El tratamiento será individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno; El tratamiento será programado fijándose el plan que deberá seguirse en su ejecución, la intensidad mayor o menor en la aplicación de cada método de tratamiento y la distribución de los quehaceres concretos integrantes del mismo entre los diversos especialistas y educadores. Finalmente, se establece en el precepto que el tratamiento será de carácter continuo y dinámico, y dependerá en todo momento de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena.

En tercer lugar, el artículo 64, donde se dispone que la observación de los preventivos se limitará a recopilar la mayor información posible sobre cada uno de ellos a través de datos documentales y de entrevistas, así como mediante la observación directa del comportamiento, estableciendo sobre estas bases la separación o clasificación interior en los grupos a que se hace referencia en el artículo 16. De esta forma, una vez recaída sentencia condenatoria se completará la información anterior con un estudio científico de la personalidad del observado, formulando una determinación del tipo criminológico con base en dichos estudios e informaciones, un diagnóstico de capacidad criminal y de

²¹⁸ GONZÁLEZ COLLANTES, T., *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la Constitución*, op cit, p.32.

adaptabilidad social y la propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al tipo de establecimiento que corresponda.

En este sentido, el tratamiento penitenciario también incluye una perspectiva formativa²¹⁹ que se traduce en el derecho de los internos a cubrir sus carencias educativas y culturales, derecho que aparece tutelado en los artículos 55, 56, 57 y 58 de la LOGP.

Así, en primer lugar, en el artículo 55 LOGP se establece que existirá una escuela en cada establecimiento penitenciario, escuela en la que se desarrollará la instrucción de los internos y, fundamentalmente, la de los analfabetos y jóvenes. En este sentido, las enseñanzas que se impartan en los establecimientos penitenciarios deberán ajustarse a lo dispuesto en la legislación vigente en materia de educación y formación profesional. Finalmente, dicho precepto establece que la Administración penitenciaria fomentará el interés de los internos por el estudio y dará las máximas facilidades para que aquellos que no puedan seguir los cursos en el exterior lo hagan por correspondencia, radio o televisión.

En segundo lugar, en el artículo 56 se dispone que la Administración penitenciaria organizará las actividades educativas, culturales y profesionales de manera acorde al sistema oficial, para que los internos puedan alcanzar las titulaciones correspondientes. En este sentido, se norma que para que los internos puedan acceder al servicio público de la educación universitaria será necesaria la suscripción por la Administración penitenciaria de los correspondientes convenios con universidades públicas, previos informes de ámbito educativo que se estimen pertinentes.

En tercer lugar, el artículo 57 establece que en cada establecimiento existirá una biblioteca provista de libros adecuados a las necesidades culturales y profesionales de los internos, quienes además podrán utilizar los libros facilitados por el servicio de bibliotecas ambulantes establecido por la Administración o entidades particulares con el mismo fin.

Finalmente, en el artículo 58 se regula que los internos podrán disponer de libros, periódicos y revistas de libre circulación en el exterior, con las limitaciones que, en casos concretos, aconsejen las exigencias del tratamiento individualizado, previa resolución motivada del equipo de observación y tratamiento del establecimiento.

²¹⁹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Ejecución de penas en España, la reinserción social en retirada*, op cit, p. 151.

Se ha de anotar que el tratamiento como herramienta de reeducación presenta unas aspiraciones resocializadoras que están limitadas en función del modelo de sociedad o Estado en el que se ejecute la condena. Así, en un Estado social y democrático de derecho como el Estado español, el tratamiento penitenciario no podrá conllevar una intromisión excesiva en la personalidad del penado, llegando a interferir en las esferas más internas del sujeto²²⁰. Estos límites quedarían cristalizados en el artículo 15 CE, precepto que reconoce el derecho a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, un individuo pueda ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos y degradantes.

En un sentido parecido, MAPELLI CAFFARENA considera que el objeto del proceso reeducador no es tanto la personalidad del individuo como el marco penitenciario que debe adaptarse de tal forma que el recluso pueda iniciar *de motu proprio* su reeducación²²¹. Dicho autor sostiene que, si el Estado por su naturaleza social cuenta con la obligación, en virtud del artículo 9.1 CE, de promover las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean realidades efectivas, así como la obligación de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultura y social, nos encontraríamos ante un caso en el que dicha obligación debería materializarse en un verdadero esfuerzo por lograr que no se interrumpa como consecuencia de la ejecución de la pena, el acceso a la participación social²²².

En esta línea, ÁLVAREZ GARCÍA, al contrario que MAPELLI CAFFARENA, sostiene que por reeducación no debe de entenderse simplemente una puesta a disposición de medios haciendo al sujeto único protagonista de su reeducación y posterior reinserción social. En este sentido, considera que en la concepción de MAPELLI CAFFARENA, por un lado, dicho autor parece olvidarse de que con la pena se pretende posibilitar la convivencia, siendo este objetivo el que autoriza la realización de intromisiones en derechos fundamentales, como por ejemplo en la libertad personal. Por otro lado, sostiene que la apreciación de la reeducación que mantiene MAPELLI CAFFARENA dificulta la

²²⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Ejecución de penas en España, la reinserción social en retirada*, op cit, p. 148; CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, op cit, p. 53.

²²¹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, op cit, p. 151.

²²² *Ibidem*, p.151.

finalidad preventivo especial positiva de las penas contribuyendo así a un inmovilismo en las teorías de la pena²²³.

En consonancia con lo anterior, la conceptualización del término reeducación exigiría excluir su entendimiento como una enmienda, dado que se sigue afirmando el fundamental derecho del recluso a pensar de modo distinto, y, finalmente, a su libertad y dignidad más esenciales, de forma que una percepción distinta contribuiría a establecer una visión ética del Derecho penal²²⁴. En este sentido, la reeducación se configuraría como un instrumento de recuperación social de forma que el interno adquiriera la capacidad de vivir en sociedad con respeto hacia la ley penal²²⁵, momento en el que alcanzará su reinserción social.

II.2.2) La reinserción social

El concepto de reinserción social no es unívoco, ya que desde distintas posturas ideológicas se ha entendido de forma muy diversa. No hay realmente un acuerdo sobre en qué consiste, la intensidad de su intervención, el ámbito al que afecta, y sus límites²²⁶. Se trata de un concepto que se halla falto de concreción²²⁷.

Así, para MAPELLI CAFFARENA, la reinserción social se configuraría como el procedimiento por el cuál se introduce a un individuo en la sociedad. Según este autor, ya no se trataría, como en el supuesto de la reeducación, de facilitar el aprendizaje idóneo para que el infractor supiera reaccionar debidamente en el momento en el que se produjera la liberación. Así pues, la reinserción social se basaría en favorecer el contacto activo recluso-comunidad. Concluye MAPELLI CAFFARENA afirmando que, reeducación y reinserción se moverían, por tanto, a dos niveles distintos, ya que, mientras que la reeducación aspiraría a que la prisión no interrumpiera el proceso de desarrollo de la personalidad del recluso de acuerdo con sus derechos fundamentales recogidos en la CE,

²²³ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, op cit, p. 56.

²²⁴ ZAPICO BARBEITO, M., ¿Un derecho fundamental a la reinserción social?, reflexiones acerca del artículo 25.2 de la Constitución Española, op cit, p. 923.

²²⁵ *Ibidem*, p. 56. En este sentido, para FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op cit, p. 265, las doctrinas de la enmienda son las de origen más remoto y fruto de una concepción espiritualista del hombre basada en una manifestación abstracta e indeterminada del principio del libre arbitrio desarrollan la idea de la *poena medicinalis*, ya formulada por Platón y recogida después por Santo Tomás, según la cual los hombres que delinquen pueden ser castigados y conminados por el Estado a hacerse buenos.

²²⁶ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.108.

²²⁷ MIR PUIG, S., *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel Derecho, 1994, p. 143; DEL MISMO, *Estado, Pena y Derecho*, B de F, 2006, p.69.

la reinserción se centraría en atenuar la nocividad de la privación de libertad en la esfera de las relaciones materiales individuo-sociedad²²⁸.

Ahora bien, más claramente expone GARCÍA PABLOS, que bien podría definirse a la reinserción social como el momento final de un proceso que traía causa de una precedente reeducación y que culmina con el retorno del penado a la sociedad civil, regreso que implica una obligación por parte del mismo de asumir las normas sociales, así como de aprovechar el repertorio de prestaciones sociales, asistenciales y de diversa índole que la sociedad pueda ofrecerle y que eliminen las causas que pudieran reconducirle a reincidir²²⁹.

En este orden de hechos, algunos autores como CERVELLÓ DONDERIS sostienen que la reinserción social no sólo debería ser tomada en cuenta por las penas privativas de libertad, sino también por el resto de penas, ya que, por ejemplo, penas como la de inhabilitación absoluta pueden ser totalmente contrarias a la reinserción social²³⁰.

Con base en la anterior definición, y tal y como expresamos en anteriores epígrafes, la reeducación y la reinserción social son dos etapas de un mismo proceso. En este sentido, puesto que la reinserción social es la consecuencia de una anterior reeducación, el término “reinserción social” absorbería al de reeducación, o, dicho de otro modo, la reeducación sería intrínseca de la reinserción social.

Como veremos a continuación, el término reinserción social es un concepto totalmente problemático. Existe, en efecto, una total discrepancia en cuanto a su alcance, fundamento y consecuencias²³¹.

A) La naturaleza jurídica de la reinserción social

Como se acaba de remarcar, delimitar las consecuencias, fundamentos y el alcance de la reinserción social resta un objetivo un tanto problemático. Así, dentro de todas estas cuestiones, el principal problema que dicho concepto plantea es la determinación de la

²²⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, op cit, p.151.

²²⁹ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo 32, 1979, p.119.

²³⁰ Mantienen esta opinión, entre otros, CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, op cit, p. 54, y RODRÍGUEZ DEVESA, J.Mº., y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español Parte General*, Dykinson, 1995, p. 883.

²³¹ En este sentido, GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: Utopía, mito y eufemismo, op cit, p. 674; DELGADO DEL RINCÓN, L., Algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad, op cit, p. 344; GARCÍA PABLOS, A., *Estudios penales*, Bosch, 1984, p.55.

naturaleza jurídica del mismo, esto es, saber si nos encontramos ante un mandato orientador de la política penal y penitenciaria, ante un derecho fundamental o ante un principio constitucional²³², ya que, como expone GARCÍA PABLOS, la redacción del artículo 25.2 CE es muy prudente²³³.

A.1) La naturaleza jurídica de la reinserción social según la doctrina

La doctrina se muestra muy dividida a la hora de definir la naturaleza jurídica de la reinserción social. Dentro de la misma, hay posiciones que consideran a la reinserción social como un mero mandato orientador de la política penal y penitenciaria, hay quienes la consideran un principio constitucional, y, por último, hay quienes la consideran un derecho subjetivo. Como se expondrá a continuación, encasillar a la reinserción social en cualquiera de estas tipologías entrañará unas consecuencias u otras, y un tipo de protección u otro.

A.1.1) La reinserción social como un mandato orientador del legislador

El hecho de que la reinserción social se configure como una orientación de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad va a conllevar, en primer lugar, una conminación al legislador de tener en cuenta, en un sentido global, los objetivos constitucionales de la pena, tanto a la hora de regular los aspectos atinentes al tratamiento penitenciario, como a la hora de solucionar situaciones en las que un funcionamiento anómalo del Estado pueda constituir un obstáculo para la reinserción social²³⁴.

En segundo lugar, en un plano inferior, dicho mandato conllevará la obligación de que en los centros penitenciarios existan tratamientos destinados a cumplir con esas expectativas resocializadoras. Del mismo modo, este mandato obligará también a la propia Administración penitenciaria a entender a la reinserción social en un sentido penitenciario, esto es, como principio que informe el régimen de vida en prisión, ocupando la misma un papel activo de cara a su estructuración como un baluarte que en

²³² Entre este último grupo de autores escépticos que consideran a la reinserción social como una utopía irrealizable estarían PAVARINI, M., *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Siglo XXI, México, 1999, p. 87; MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización del delincuente: análisis y críticas de un mito, Libro homenaje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 387 y 390.

²³³ GARCÍA PABLOS, A., *Estudios penales*, op cit, p.24.

²³⁴ URÍAS MARTÍNEZ, J., El valor constitucional del mandato de resocialización, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº63, 2001, p.69.

la medida de lo posible no acentúe los efectos estigmatizantes y desocializadores propios de toda condena penal²³⁵.

En suma, de lo explicado anteriormente puede deducirse que el mandato del artículo 25.2 CE tendría como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada²³⁶.

En efecto, como explica DE LA CUESTA ARZAMENDI, la orientación resocializadora del régimen penitenciario obliga a estructurar el mismo, de manera que desde el inicio de la intervención penitenciaria se realicen esfuerzos de reducción y mitigación del efecto desocializador o de cariz estigmatizante inherente a toda decisión judicial de internamiento en prisión (también de los preventivos). Llevar a cabo esta tarea sólo será posible mediante la mayor aproximación posible de la vida en prisión a la vida exterior, que permita fomentar la modificación de conductas y actitudes de los internos, ampliando sus modelos de comportamiento alternativos a la vía criminal, y a través de la participación en los sistemas sociales del exterior²³⁷.

Como aditamento a lo que se acaba de exponer, DELGADO DEL RINCÓN sostiene que el mandato orientador que supone la reinserción social reconocida en nuestra CE tendría una proyección metapenitenciaria, esto es, desplegaría sus efectos más allá del estricto ámbito de ejecución de la pena²³⁸.

LAMARCA PÉREZ también sigue esta idea y considera que, al exceder del propio ámbito de la ejecución de la pena en el establecimiento penitenciario, el mandato orientador serviría para proscribir las penas inútiles y favorecer el empleo de otras medidas alternativas a la privación de libertad que permitan la mayor adaptación social del condenado²³⁹.

²³⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., Un deber y Derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario, en BUENO ARÚS, F., GARCÍA VALDÉS, C, y otros, *Lecciones de Derechos Penitenciario*, Europa Artes Gráficas, Salamanca, 1989, p. 103; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal. Las teorías de la pena y de la Ley penal*, op cit, p.179; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., La prisión: Historia, crisis y perspectivas de futuro, en BERINSTAIN, I., *Reformas penales en el mundo de hoy*, Instituto de Criminología Madrid, 1984, p.146; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización, en *Eguzkilore*, nºextraordinario2, 1989, p.61.

²³⁶ MAYOR, P., Artículo 25.2, en JIMÉNEZ-BLANCO (coord.), *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Centro de Estudios Ramón Acero, 1993, p.381.

²³⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria, op cit, p.21.

²³⁸ DELGADO DEL RINCÓN, Algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm extraordinario, 2004, p.8.

²³⁹ LAMARCA PÉREZ, C., Régimen penitenciario y derechos fundamentales, en *Estudios penales y criminológicos*, Vol XVI, 1993, p.219.

En este sentido, CHOCLÁN MONTALVO añade que no sólo la reinserción social tendría un papel en la fase de ejecución de la pena, así como con posterioridad a su finalización, y tras la puesta en libertad del interno, sino que, en la propia fase de determinación de la pena a aplicar, el órgano sentenciador deberá tener en cuenta la consecución de la reinserción social del interno²⁴⁰.

Una posición más extrema en este sentido sostiene PEÑAS ROLDÁN al afirmar que el tomar en serio la idea de la resocialización conllevaría que dicho ideal resocializador debería obligar a todos los órganos de la ejecución penal en sentido amplio, esto es, la meta resocializadora debería presidir no sólo la fase ejecutiva sino también la procesal y la policial²⁴¹.

En este orden de hechos, una gran parte de la doctrina entiende que el artículo 25.2 contiene un mandato orientador de la política penal y penitenciaria.

Entre otros, DE LEÓN VILLALBA manifiesta simple y contundentemente que la reinserción social sería un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria de la que no se derivarían derechos subjetivos para el individuo²⁴².

En este sentido, SERRANO ALBERCA afirma que la reinserción social como mandato orientador implica que no se puedan olvidar otras finalidades de la pena como, por ejemplo, la preventivo-general²⁴³. En la misma línea, CHOCLÁN MONTALVO

²⁴⁰ CHOCLÁN MONTALVO, JA., *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Cóllex, 1997, p.93; GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, op cit, p.81.

²⁴¹ PEÑAS ROLDÁN, L., La resocialización. Un problema de todos, op cit, p.487.

²⁴² DE LEÓN VILLALBA, FJ., Alternativas a las penas privativas de libertad en el CP de 1995, en ARROYO, L, MONTAÑÉS, J y RECHEA, C (coords)., *Estudios de Criminología II*, Colección Estudios, 1999, p. 171.

²⁴³En Este sentido, SERRANO ALBERCA, J.M., Comentarios al artículo 25.2, en *Comentarios a la Constitución* (dir. F. Garrido Falla), 2001, Civitas, pp. 602-603, DE LA CUESTA ARZAMENDI, La resocialización, objetivo de la actividad penitenciaria, op cit, p.20; CÓRDOBA RODA, J., La pena y sus fines en la Constitución española de 1978, op cit, p. 139, LUZÓN PEÑA, D., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, op cit, p. 47, CHOCLÁN MONTALVO, J., *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, op cit, p. 91, QUINTERO OLIVARES G., JARIA I MANZANO, J y PIGRAU SOLÉ, A., Aspectos generales, en QUINTERO OLIVARES, G y JARIA I MANZANO, J., *Derecho Penal Constitucional*, Tirant lo Blanch, 2001, p. 50, MIR PUIG, C., *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Bosch, 1986, p. 262, DE LAMO RUBIO, J., *Penas y medidas de seguridad en el Nuevo Código*, Bosch, 1997, p. 29, BUSTOS RAMÍREZ, J J y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal, Volumen I*, op cit, p. 167; AYO FERNÁNDEZ, M., *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias, manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito*, Aranzadi, 2004, p. 27, PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención especial positivas en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1986, p. 242, CARBONELL MATEU, JC., *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, op cit, p. 68, CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, op cit, p. 54, LEGANÉS GÓMEZ, S., *La prisión abierta: Nuevo régimen jurídico*, op cit, p. 24, GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, op cit, p. 319, DE MARCOS MADRUGA, F, y DE

expone que sería legítima la sumisión de las necesidades de la prevención especial positiva a las necesidades de la prevención general ya que la finalidad de la pena privativa de libertad no sería exclusivamente resocializadora. No obstante, el citado autor manifiesta que, en cualquier caso, la CE ha puesto el acento en la finalidad preventivo especial de las penas de manera acorde con el principio de humanización que ocupa un lugar de preferencia en las modernas directrices político-criminales. Esto conllevaría la rémora de fundamentar exclusivamente la pena en criterios preventivo-generales que no apreciaran las necesidades de prevención especial en la fase de determinación y ejecución de la pena²⁴⁴.

En sentido parecido, CÓRDOBA RODA considera que la propia redacción del artículo 25.2 CE adopta una forma menos rotunda que la que resultaría de declarar que el fin de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad es la reeducación y la reinserción social. Por el contrario, el artículo 25.2 CE ha elegido, en su lugar, una expresión de intensidad mitigada al utilizar la locución “*estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social*”²⁴⁵.

Por su parte, SÁNCHEZ LÁZARO entiende a la reinserción social como un mandato orientador que desplegaría su eficacia en un sentido gradual, esto es, conminaría a orientar las penas privativas de libertad en la medida de lo posible en función de las circunstancias fácticas y jurídicas hacia la consecución de la reinserción social²⁴⁶.

Al hablar de SERRANO ALBERCA, la resocialización se configuraría como un mandato del que se derivarían dos exigencias: La necesidad, de que se regulen los derechos y deberes del penado y el establecimiento de un tratamiento reformador apto

VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 136, JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, 2013, p. 69, GARCÍA VALDÉS, C., *Apuntes históricos del Derecho Penitenciario Español, Discurso pronunciado en la solemne apertura del curso académico 2014-2015, el 5 de septiembre de 2014, en el paraninfo de la Universidad de Alcalá*, Edisofer, 2014, p. 36, GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, op cit, p. 31, RÍOS CORBACHO, JM., La reinserción social, en REVIRIEGO PICÓN, F, y DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El cine carcelario*, op cit, p. 340, LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión: Nuevo régimen jurídico*, Dykinson, 2009, p. 41, MATA Y MARTÍN, R., *Fundamentos del sistema penitenciario*, Tecnos, 2016, p. 180. Este último autor no sólo reconoce a la reinserción social como una de las finalidades de la pena, sino que afirma que esos otros principios como son el de retención y custodia tendrían una menor prevalencia.

²⁴⁴ CHOCLÁN MONTALVO, JA., *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, op cit, pp.91-93.

²⁴⁵ CÓRDOBA RODA, J., La pena y sus fines en la Constitución Española de 1978, op cit, p.139.

²⁴⁶ SÁNCHEZ LÁZARO, FG., *Una teoría principialista de la pena*, op cit, p.95; QUINTERO OLIVARES, G., El criminalista ante la Constitución, en *20 años de ordenamiento constitucional. Homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Aranzadi, 1999, p.401.

para la personalidad de cada penado, sin que con ello se pretenda modificar coactivamente la personalidad del interno²⁴⁷.

Por su parte, RUIZ VADILLO sostiene que la reinserción social sería una mera orientación, una guía, que sería algo menos que una finalidad de las penas en sí²⁴⁸. En este sentido atenuador de la consideración constitucional de la reinserción social se encontraría también la posición defendida por GRACIA MARTÍN, quien afirma que el artículo 25.2 CE lo único que prohíbe es olvidar la reeducación y reinserción social del condenado a la hora de orientar la pena²⁴⁹.

En este sentido, ZUGALDÍA ESPINAR expone que el mandato que norma el artículo 25.2 CE tendría cabida solo en tanto que la consecución de la reinserción social fuera posible. En esta línea, se considerarían ajustadas a la CE aquellas penas privativas de libertad que en ningún caso se pudieran ejecutar de forma resocializadora, bien por su naturaleza en sí (penas cortas privativas de libertad destinadas a la enmienda del autor, penas privativas de libertad de mayor duración orientadas a la inocuidad temporal del autor), bien porque el autor no necesitara dicha resocialización (delincuentes de “cuello blanco” perfectamente integrados), o bien porque no pudiera ser resocializado (algunos casos de delincuentes por convicción)²⁵⁰.

MIR PUIG expone que, la CE no requiere que se consiga la reinserción social, pero sí conmina a intentarlo de algún modo que permita considerar que las penas privativas de libertad se hallan orientadas a tal meta, y que como mínimo, no favorecen la desocialización del interno²⁵¹.

Otros autores no sólo se limitan a definir la reinserción social como la orientación que debe seguir la política penitenciaria y penal, sino que profundizan en su delimitación afirmando que de ningún modo podría ser considerada como un derecho subjetivo del recluso²⁵². Entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA expone que la reinserción social no se

²⁴⁷ SERRANO ALBERCA, JM., El artículo 25.2, en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 2001, p.603.

²⁴⁸ RUIZ VADILLO, E., La sociedad y el mundo penitenciario, en *Eguzkilore*, nº4, 1990, p.69.

²⁴⁹ GRACIA MARTÍN, JL., *Las consecuencias jurídicas del delito, op it*, p.63.

²⁵⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, JM., *Fundamentos de Derecho Penal. Las teorías de la pena y de la ley penal, op cit*, p.179.

²⁵¹ MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Bosch, 1982, pp. 36 y 37; DEL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, op cit*, p.42.

²⁵² REVIRIEGO PICÓN, F., La orientación de las penas privativas de libertad, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 453, LAMARCA PÉREZ, C., Régimen penitenciario y derechos fundamentales, op cit, p. 219, DELGADO DEL

configuraría como un derecho fundamental, porque, entre otras razones, el Estado no se encuentra en condiciones, objetivamente, de asegurar dichas finalidades con el único instrumento de la pena privativa de libertad, ni en el marco constitucional español, con el actual modelo de Estado, en el que entran en juego muchos otros principios, como los de libertad ideológica, dignidad, y no sometimiento a tratos inhumanos ni degradantes²⁵³.

ARANDA CARBONEL expone que la reinserción social sería una orientación del sistema penal y penitenciario y bajo ningún concepto podría ser un derecho ya que la herramienta que se utiliza para conseguir la misma, esto es, el tratamiento penitenciario (artículo 59 LOGP), puede ser rechazado por el interno, y eso entraría en contradicción con el carácter irrenunciable de los derechos fundamentales²⁵⁴.

En este sentido, QUINTERO OLIVARES considera que, si se estimara a la reinserción social un derecho por estar ubicada en el título de los derechos fundamentales, se abriría la puerta a considerar la posibilidad de que los beneficios penitenciarios constituyeran un derecho del condenado, de manera que podría exigir ante los Tribunales o la Administración penitenciaria la concesión de esos beneficios, pudiendo acudir en amparo ante el TC en el supuesto de no concesión de los mismos²⁵⁵.

A.1.2) La reinserción social como un principio constitucional

Un segundo grupo de autores²⁵⁶ consideran que la reinserción social no se configuraría como un mandato orientador de la política penal y penitenciaria sino como

RINCÓN, L., El artículo 25.2 CE: Algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad, op cit, p. 352 y 353.

²⁵³ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, op cit, p.37.

²⁵⁴ ARANDA CARBONEL, M.J., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica*, Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, 2007, p.30.

²⁵⁵ QUINTERO OLIVARES, G., La reinserción y el marco constitucional del sistema penal, en MORENO CATENA, V., *Constitución y Derecho Público. Estudios en Homenaje a Santiago Varela*, op cit, p.447.

²⁵⁶ Entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, FJ., *La reeducación y la reinserción social en el momento de la conminación*, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra 2001, pp. 35-36, MANZANO BILBAO, C., Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras, en I. RIVERA, *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1994, p.121, JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares, 2000, p. 74, ÁLVAREZ GARCÍA, FJ., Consideraciones sobre la función de la pena en el ordenamiento constitucional español, en CEREZO MIR PUIG, J, SUÁREZ MONTES, RF, BERISTAIN IPIÑA, A, ROMEO CASABONA CM., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, 1999, p. 21, ZAPICO BARBEITO, M., ¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE, op cit, p. 926, CORRECHER MIRA, J., Nuevas perspectivas en la ejecución de la pena privativa de libertad, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2014, p. 347; RODRÍGUEZ ALONSO, A y RODRÍGUEZ AVILÉS, JA., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Comares, 2011, p.5; GONZÁLEZ CANO, MI., *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Tirant monografías, 1994, p.38.

un principio constitucional que no sólo va a vincular al legislador a la hora de confeccionar el ordenamiento penal y a la Administración penitenciaria, sino también a los órganos encargados de la ejecución de las penas a la hora de imponer las mismas²⁵⁷, otorgando un *prius* de protección a la reinserción social.

En este sentido, al hablar de ÁLVAREZ GARCÍA, el artículo 25.2 CE recoge un principio que debería observarse por todos los poderes públicos y no sólo por el legislador en el ejercicio de la actividad legislativa. Siguiendo esta idea, expone que la finalidad reinsertadora que emana del principio constitucional debería procurarse no sólo en el momento legislativo de fijar en la Ley la pena correspondiente a cada delito, o en el ejecutivo de cumplimiento de las penas dentro del sistema penitenciario, sino también en el judicial, a la hora de señalar en la sentencia la pena correspondiente o de determinar el límite punitivo, que, por aplicación de la ley, impida una exacerbación deshumanizada cuando en un mismo sujeto se acumulan las consecuencias punitivas de varias sentencias.

De esta suerte, el hecho de que esos principios vayan a vincular a todos los poderes públicos va a significar que sería impugnabile toda norma que previera una sanción que por su naturaleza, por ejemplo, excesiva duración en el tiempo, o causante de consecuencias psíquicas graves contrastara con esas finalidades; toda resolución judicial cuya parte dispositiva se hubiera adoptado sin atender, por ejemplo, en la mediación de la pena, a la referida orientación, o toda medida disciplinaria, en el ámbito penitenciario, que obstaculizara a aquéllas finalidades, por ejemplo, el internamiento por un período prolongando en celdas que no tengan las mínimas condiciones de inestabilidad.

Esa impugnación, en el caso de que se quisiera llevar a cabo por la vía constitucional, y de querer realizarla a través del recurso de amparo, no podría formularse a través del artículo 25.2 CE, sino que tendría que llevarse a cabo a través del artículo 24.1 CE, referente a la tutela judicial efectiva, garantía que implica el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, y, por lo tanto, a la vista de la orientación constitucional de las penas, lo cual supone una barrera frente a la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos.

Considera ÁLVAREZ GARCÍA que, a pesar de la posición que dicho artículo mantiene en la CE, no podría ser calificado de derecho fundamental porque, entre otras razones, el Estado no se halla en condiciones de asegurar esas finalidades con el único

²⁵⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, *op cit*, p. 29.

instrumento de la pena privativa de libertad. Tampoco con el actual modelo de Estado, en el que entran en juego otros muchos principios como el de la libertad ideológica, la dignidad, o el no sometimiento a tratos inhumanos o degradantes, sería posible la consecución, en la mayor parte de esos supuestos, de esos fines reeducacionales o reinsertadores.

En definitiva, dicho autor expone que este principio constitucional impone a los poderes públicos la obligación de remover todos aquellos obstáculos que impedirían la consecución de las finalidades asignadas en la norma constitucional a las penas privativas de libertad, y conmina a esos mismos poderes a realizar actos ejecutivos, normas o resoluciones que no tengan en cuenta esa orientación, pero no reconoce a los mismos la obligación de conseguir la reinserción social de los penados, y, por lo tanto, no entiende, que estos son titulares de derechos subjetivos susceptibles de amparo constitucional²⁵⁸. En idéntico sentido se pronuncia MIR PUIG²⁵⁹.

En este sentido, apunta CID MOLINÉ que el hecho de categorizar a la reinserción social como un principio constitucional no excluiría que pudiera entrar en conflicto con otro principio constitucional que en el caso concreto presentara un mayor peso que el principio de reinserción social y que conllevara la no aplicación a las personas condenadas de algunas de las instituciones dirigidas a la reeducación y reinserción social²⁶⁰.

Por su parte, CUERDA RIEZU no manifiesta explícitamente que la reinserción social sea un principio constitucional, pero si considera ilógico que se reduzcan los órganos encargados de cumplir lo que dispone el artículo 25.2 CE sólo al legislador en materia penitenciaria y a la Administración penitenciaria²⁶¹, con lo que deja la puerta abierta a ampliar la vinculación a todos los poderes públicos de la consecución de la reinserción social, compromiso que demandaría su calificación como principio.

A.1.3) La reinserción social como un derecho fundamental

En contraposición a la consideración de la reinserción social como un mandato orientador de la política penal y penitenciaria o como un principio constitucional, nos

²⁵⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, en DEL MISMO., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, en CEREZO MIR PUIG, J, SUÁREZ MONTES, R.F, BERINSTAIN IPIÑA, A y ROMERO CASABONA, C.M., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, op cit, p.26.

²⁵⁹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, op cit, p.129.

²⁶⁰ CID MOLINÉ, J., *Derecho a la reinserción social*, op cit, p. 37.

²⁶¹ CUERDA RIEZU, A., *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Atelier, 2011, p.63.

encontramos con una tercera línea doctrinal que categoriza a la reinserción social como un derecho subjetivo²⁶².

Entre otros, se encuentra MAPELLI CAFFARENA, quien afirma que, el legislador ha entendido necesario crear un plus para la defensa del derecho de los reclusos a la reinserción social, y es por eso, que ha introducido el precepto dentro del apartado constitucional dedicado a los derechos fundamentales. En esta línea, considera que, si bien la reinserción social tiene aspectos en común con los principios rectores del capítulo III, el artículo 25.2 CE representa un derecho que afecta a la tutela de la dignidad del recluso como persona, lo que le hace merecer el trato de derecho fundamental²⁶³. En idéntico sentido apunta PÉREZ MANZANO cuando afirma que, al incluir a la reinserción social en la posición en la que está actualmente, la intención del legislador era precisamente otorgarle naturaleza de derecho fundamental²⁶⁴.

No obstante, estas posiciones doctrinales centradas en erigir a la reinserción social en derecho fundamental partiendo de la ubicación del artículo 25.2 CE, no convencen a quienes consideran a la reinserción social como un mandato orientador o como un principio constitucional, dado que desde la doctrina se viene manteniendo que no todo lo que hay en la sección primera son derechos fundamentales, sino que allí también coexisten reglas constitucionales, principios constitucionales o principios generales del derecho, normas, ya sean de acción o de organización, criterios organizativos o principios de orden, garantías institucionales y garantías procesales²⁶⁵.

²⁶² Entre otros, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios Fundamentales del sistema penitenciario*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 165; TAMARIT SUMALLA, JMº, SAPENA GRAU, F, GARCÍA ALBERO, R., *Curso de Derecho Penitenciario (Adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996)*, op cit, p. 41; MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Bosch, 1982, p. 36 y 37; CID MOLINÉ, J., Derecho a la reinserción social, en *Jueces para la democracia*, Nº32, 1998, págs. 36-49. En este sentido, CID MOLINÉ expone que “*El derecho a la reeducación y a la reinserción puede ser limitado en dos momentos: cuando el legislador regula aquellas instituciones que suponen un desarrollo del derecho fundamental y cuando los aplicadores del derecho (jueces y administración) deciden sobre su aplicación*”, CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *La rehabilitación*, Bosch, 1960, p.24; BOIX REIG, J., Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social, en COBO DEL ROSAL, M (dir) y BAJO FERNÁNDEZ, M (coord.), *Comentarios a la legislación penal. Tomo I. Derecho Penal y Constitución*, Edersa, 1982, p.223.

²⁶³ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, op cit, p.165.

²⁶⁴ PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva*, op cit, p.240. En este sentido véase también COBO DEL ROSAL, M y QUINTANAR DÍEZ, M., Artículo 25. Garantía penal, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, 1996, p.141.

²⁶⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, op cit, p.30.

En este sentido, PÉREZ MANZANO manifiesta que, si realmente se hubiese tratado de una directriz del legislador, tribunal penal o instituciones penitenciarias en materia de pena, la ubicación adecuada sería el Capítulo III del Título I de la Constitución donde se recogen los principios rectores de la política social.

Partiendo de esa idea, la citada investigadora da dos razones para ello. La primera, porque en el Capítulo II sección primera se recogen los derechos individuales fundamentales, mientras que la reeducación y la reinserción social como aspectos de la prevención especial casan mejor con la concepción del Estado Social, la cual se plasma en el Capítulo III. La segunda razón que aporta la citada autora se basa en que la tutela que se da a estos principios rectores, conforme al artículo 53.3 CE se adecúa mucho mejor a la ambigüedad de la redacción del artículo 25.2 CE y al contenido de la reinserción y la reeducación social. En este sentido, dicho precepto dispone que el reconocimiento, respeto y protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. La investigadora cierra su exposición con la idea ya apuntada de que la única razón de ubicar a la reinserción social donde está ubicada es la de ratificar su naturaleza como derecho subjetivo²⁶⁶.

BOIX REIG, en un sentido parecido, arguye que las posibilidades de la reinserción social constituyen un derecho subjetivo del penado. El citado autor se basa en el artículo 9.1 CE, precepto que establece que corresponde a los poderes públicos remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, así como facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

En este sentido, considera BOIX REIG que ubicar la reinserción social en la posición en la que se encuentra es un síntoma de que el condenado tiene el derecho a su puesta a disposición de los medios necesarios para conseguir su adecuada reincorporación a la sociedad²⁶⁷.

Por su parte, DEMETRIO CRESPO explica que, al situarse este precepto en la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero, teóricamente, esto supondría una serie de prerrogativas para su contenido, prerrogativas anejas a su concepción como

²⁶⁶ *Ibidem*, p.241.

²⁶⁷ BOIX REIG, J., Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución, en CASABÓ RUÍZ, JR., *Estudios penales, op cit*, p.110; CRUZ CASTRO, F., *La resocialización como objetivo fundamental de la pena privativa de libertad. Análisis de la legislación costarricense y española, op cit*, p.480.

derecho subjetivo. Entre ellas se encontraría su aplicación directa (arts. 53.1 y 81 CE.), la tutela especial ante los Tribunales ordinarios, y el amparo ante el TC²⁶⁸. Además, como remarca MAPELLI CAFFARENA, de considerar la reinserción social como derecho fundamental se derivaría una consecuencia innata a la naturaleza de derecho fundamental, y es que la reinserción social tendría una proyección superior y directa sobre el resto del ordenamiento, esto es, ninguna norma de rango inferior podría contradecirla²⁶⁹, con lo cual, el nivel de protección de la reinserción social sería mayor.

Por su parte, BUENO ARÚS considera que la reinserción social sería un derecho fundamental con base en dos razones, una de fondo y otra formal. La razón de fondo se referiría a que la reinserción social aludiría al modo de cumplir una pena privativa de libertad e influiría en la duración, así como en la intensidad de la pena, con lo cual, la reinserción social aparecería como una modulación del derecho a la libertad (artículo 17 CE). La razón formal, al igual que exponía MAPELLI CAFFARENA, se basaría en la posición que ocupa la reinserción social en la CE, esto es, la sección primera del capítulo II, epigrafiado *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*, a los que se extendería una tutela especial derivada del recurso de amparo prevista en el artículo 53.2 de la CE²⁷⁰.

En esta línea, CID MOLINÉ también afirma que el artículo 25.2 CE reconocería un derecho fundamental a la reeducación y a la reinserción social que podría ser limitado en dos momentos: Cuando el legislador regula las instituciones que suponen un desarrollo del derecho fundamental y cuando los aplicadores del derecho, jueces y administración deciden sobre su aplicación.

En el primer supuesto, se trata del momento en que el legislador determina las condiciones bajo las cuales las personas pueden acogerse a las instituciones relativas a la reeducación y a la reinserción social. En efecto, expone CID MOLINÉ, que del cumplimiento de estas condiciones no se deriva un derecho definitivo a disfrutar de tales instituciones, sino que lo que surge normalmente es un derecho *prima facie*, esto es, una situación por la cual el interno tiene derecho a gozar de una institución determinada, a no ser que dicho derecho entre en conflicto con otros bienes constitucionales que el aplicador

²⁶⁸ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op cit, p.70.

²⁶⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, op cit, p.155.

²⁷⁰ BUENO ARÚS, F., *Las reformas de las leyes penitenciarias en España a la luz de los fines del derecho*, en BAJO FERNÁNDEZ, M, BARREIRO, AJ y SUÁREZ GONZÁLEZ, CJ., *Libro homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, 2005, p.155.

del derecho también está obligado a considerar, y que sean tenidos por prevalentes por el mismo una vez entren en conflicto con el derecho a la reeducación y a la reinserción social.

De esta guisa, CID MOLINÉ considera que, en líneas generales, los derechos a la reeducación y a la reinserción social podrán entrar en conflicto principalmente con los siguientes bienes constitucionales: la garantía de una vida ordenada en prisión, la garantía del cumplimiento de la pena, y la protección de terceras personas frente a posibles acciones delictivas de la persona condenada²⁷¹.

En este sentido, otros autores consideran que el artículo 25.2 CE establece un derecho fundamental que debe ser interpretado a través del principio de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10.1 CE, lo cual, a su vez contradeciría una concepción de la reinserción social como inculturación o imposición de un sistema determinado de valores²⁷².

De esta suerte, el no reconocimiento de la reinserción social como un derecho fundamental conllevaría tres consecuencias principales. Así, en primer lugar, la reinserción social no podría protegerse mediante el recurso de amparo. En segundo lugar, tampoco se admitiría la existencia de un derecho subjetivo a que el régimen penitenciario se rigiera exclusivamente por consideraciones resocializadoras²⁷³. Por último, en tercer lugar, no reconocer la reinserción social como un derecho fundamental supondría ignorar la idea de que la pena tiene una función eminentemente resocializadora²⁷⁴.

A sensu contrario, y como expone CUTIÑO RAYA, el considerar a la reinserción social como un derecho subjetivo no tiene por qué significar que la pena que haya perdido su sentido resocializador no se aplique, pero sí que una pena concreta no deba ser aplicada en unas condiciones que impidan la resocialización o sean penas con unos atributos que impidan esta finalidad²⁷⁵.

En este sentido, como afirma CID MOLINÉ, catalogar a la reeducación y a la reinserción social como derechos subjetivos no supondría tacharlos de inexpugnables, pues, si los mismos entraran en conflicto con otros bienes y derechos constitucionales se

²⁷¹ CID MOLINÉ, J., Derecho a la reinserción social, op cit, p.42.

²⁷² TAMARIT SUMALLA, JP, GARCÍA ALBERO, R, RODRÍGUEZ PUERTA, MJ y SAPENA GRAU, F., *Curso de derecho penitenciario*, op cit, p.47.

²⁷³ GONZÁLEZ COLLANTES, T., *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la Constitución. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 2017, p.7.

²⁷⁴ FERNÁNDEZ BERMEJO, D., El fin constitucional de la reeducación y reinserción social, ¿Un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?, op cit, p.392.

²⁷⁵ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.146.

llevaría a cabo el correspondiente juicio de ponderación, a través del cual se determinaría si, y en su caso, en qué medida estaría justificado sacrificar los derechos a la reeducación y a la reinserción social para proteger los derechos y bienes constitucionales con los que han entrado en conflicto²⁷⁶.

Llegados a este punto, también resulta interesante la reflexión realizada por URÍAS MARTÍNEZ. Este autor mantiene una posición en cierto sentido ambigua, al exponer que, resulta evidente que el artículo 25.2 CE recoge un mandato, aunque, a continuación, afirma que no entiende la idea de que de un mandato orientador no puedan surgir derechos subjetivos, ya que, a la vista de la ubicación de la reinserción social en la CE, la misma tendría rasgo de derecho fundamental por mor del artículo 53.3 CE invocable ante los tribunales de justicia. En este sentido, sostiene dicho autor que toda la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título primero de la CE está salpicada de mandatos a los poderes públicos que pueden implicar, además, derechos fundamentales, por ejemplo, *“toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata de sus derechos”*. Señala URÍAS MARTÍNEZ que la diferencia estriba, quizás, en que la estructura del artículo 25.2 CE no incluye tanto un mandato a los poderes públicos, sino que fija un objetivo²⁷⁷.

En esta línea, señala el citado autor que, en algunas ocasiones la finalidad reeducadora y reinsertadora de las penas ha dado lugar indirectamente a que se reconozcan derechos fundamentales amparados por el TC. Ahora bien, dicha instancia judicial no ha llegado a aclarar si de no existir la declaración del artículo 25.2 CE hubiera llegado o no a la misma conclusión.

Un ejemplo de esto se planteó a raíz de un concurso convocado por el CGPJ para cubrir vacantes de Magistrados entre juristas de reconocido prestigio. El órgano de gobierno de la magistratura excluyó de su propuesta final de nombramiento a una persona que, habiendo obtenido una muy alta valoración en el concurso, había sido condenado cinco años antes por un delito de estafa, a pesar de que posteriormente había conseguido del Ministerio de Justicia la cancelación de sus antecedentes penales. El TC, ante el que se alegaba la vulneración del derecho de acceder en condiciones de igualdad a la función pública, previsto en el art. 23.2 CE, consideraba el hecho de la cancelación de los antecedentes penales fundamental. Así, determinaba que *“si, como es el caso, quien fuera*

²⁷⁶ CID MOLINÉ, J., Derecho a la reinserción social, op cit, p.42.

²⁷⁷ URÍAS MARTÍNEZ, J., El valor constitucional del mandato de resocialización, op cit, p.60.

condenado otrora ha obtenido la rehabilitación (...), que extingue de modo definitivo todos los efectos de la pena (artículo 118 CP), no se puede tomar en consideración su condena para excluirle de la propuesta del Tribunal calificador. Otra solución chocaría frontalmente con el artículo 25.2 CE, y con la orientación que atribuye a las penas, cuya finalidad trascendente es la reinserción social”²⁷⁸.

En esta línea, señala URÍAS MARTÍNEZ que de la doctrina de esta sentencia se podría deducir un derecho fundamental derivado del artículo 25.2 CE, tratándose, en principio, de un derecho de configuración legal y vinculado al de igualdad en la aplicación de la ley y al de no ser discriminado²⁷⁹.

Pero, sin duda alguna, la postura que nos parece más coherente y que seguimos, es la de TÉLLEZ AGUILERA, quien expone que la reinserción social se configuraría como un derecho fundamental, pero sólo disfrutable durante el período de cumplimiento de condena.

Para justificar su posición, el autor recurre a la propia redacción del artículo 25 CE, donde, en su apartado segundo se expone que, el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los Derechos Fundamentales reconocidos en este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el sentido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Así pues, como en el texto se hace referencia al “*condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma*”, y la reinserción social se ubica en el apartado de la CE dedicado a los derechos fundamentales, dicho autor sostiene que la reinserción social sería un derecho fundamental disfrutable desde el mismo momento en el que el condenado comienza a cumplir la pena correspondiente en el centro penitenciario. Este reconocimiento implicaría que desde el mismo momento en que el infractor comenzara a cumplir su condena, debería ser un sujeto activo del sistema penitenciario, si bien, el contenido de dicho derecho variará en función de las necesidades concretas de cada penado que se plasmarán en su programa individual de tratamiento y de la necesaria intervención psicológica en los supuestos de trastornos de la personalidad²⁸⁰.

²⁷⁸ *Ibidem*, p.61. La sentencia a la que hace alusión URÍAS MARTÍNEZ en su reflexión es la STC 174/1996, de 17 de diciembre de 1996. FJ3, Magistrado Ponente D. RAFAEL DE MENDIZÁBAL ALLENDE.

²⁷⁹ *Ibidem*, p.62.

²⁸⁰ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Edisófer, 1998, pp.36 y 37.

A la hora de aludir a la reinserción social como un derecho subjetivo se ha de destacar que antes de la introducción del artículo 25.2 CE ya existían tendencias doctrinales que se mostraban proclives a considerar a la reinserción social como un auténtico derecho²⁸¹.

Como veremos a continuación, esta línea categorizadora de la reinserción social como un derecho subjetivo ha resultado carente de triunfo, sin que se tengan muy claros los motivos por los cuales no ha alcanzado su éxito.

A.2) La naturaleza jurídica de la reinserción social en la jurisprudencia

A.2.1) La naturaleza jurídica de la reinserción social en la jurisprudencia del TC

La cuestión de la naturaleza jurídica de la reinserción social viene siendo resuelta desde tiempos pretéritos con contundencia por el TC, y como se va a observar, desde que el mismo comenzó interpretando el sentido del reconocimiento constitucional de la reinserción social, la línea mantenida hasta nuestros días no ha cambiado un ápice.

Uno de los primeros supuestos en los que se pronunció fue el Auto 15/1984 de 11 de enero. Se trataba de un caso en el que se imponía una condena varios años después de que se cometieran los hechos delictivos. Así, en el supuesto en cuestión, dos individuos habían sido condenados a prisión por la comisión de una falta contra el orden público en 1983, habiendo acontecido los hechos en 1978. En sus alegaciones, la representación de los recurrentes en amparo consideraba que dicha resolución había vulnerado el artículo 25.2 CE, pues la finalidad reeducadora de la pena que dicho precepto recogía no podría cumplirse cuando la tramitación de las diligencias preparatorias se había prolongado por más de cinco años.

En esta ocasión, el TC sostuvo que el hecho de que una pena privativa de libertad no alcanzara la reinserción social o la reeducación del penado no suponía infringir un derecho fundamental de este, pues dicha confusión traía causa de la indebida transformación en derecho fundamental de lo que no es sino un mandato constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivaban derechos subjetivos, aunque, pudiera servir de parámetro para resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes penales²⁸².

²⁸¹ BAEZA AVALLONE, V., *La rehabilitación, op cit*, p. 7 y 19.

²⁸² En este sentido se ha pronunciado el Tribunal en los Autos del Tribunal Constitucional 15/1984, de 11 de enero de 1984, FJ único; Auto del Tribunal Constitucional 739/1986, de 24 de septiembre, FJ 3; Auto

Si bien en este caso los individuos tenían que cumplir una pena de prisión después de cinco años desde la comisión de los hechos, resulta más impactante el caso sobre el que se pronuncia el TC en su auto 25/95, donde un sujeto condenado a una pena de prisión de cuatro años, dos meses y un día por un delito de robo, y a la pena de prisión de 4 meses y un día de arresto por la utilización de un vehículo de motor ajeno, interpuso recurso de amparo ante el TC al considerar que ya habían pasado catorce años desde la comisión de los hechos y que en la actualidad ocupaba un puesto de responsabilidad y estable²⁸³.

En la misma línea se pronunció posteriormente en la sentencia 28/1988. En el origen de este caso se encontraba un condenado a una pena de privación de libertad por la comisión de un delito a causa de su drogadicción y que solicitaba a la autoridad judicial que como consecuencia de haberse sometido a un tratamiento de desintoxicación con la subsiguiente superación de la drogadicción que el mismo padecía, declarase que se suspendiera la condena impuesta fundamentando su petición de amparo en que el artículo 25.2 CE consagraba las penas privativas de libertad a la consecución de la reinserción social del delincuente. El sujeto consideraba que, como ya se había reinsertado, su ingreso en prisión quebrantaría el mandato positivado en la CE. Ante estas alegaciones, el TC no estimó el amparo, exponiendo que el artículo 25.2 CE conllevaba que la dimensión penitenciaria de la pena siguiera una orientación encaminada a la reeducación y la reinserción social, más no que a los responsables del delito a los que se les anudaba una privación de libertad se les condonara la pena en función de la conducta observada durante el período de libertad provisional²⁸⁴.

En parecido sentido, el TC expuso en su Sentencia de 16 de febrero de 1988, que, del artículo 25.2 CE no se sigue ni el que tales fines reeducadores y reinsertadores sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad ni, por lo mismo, que se haya de considerar contraria a la CE la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista, ya que la reeducación y la resocialización han de

del Tribunal Constitucional 1112/1988, de 10 de octubre, FJ 1, entre otros, y en las sentencias STC 28/1988, de 23 de febrero de 1988, FJ 2, Magistrado Ponente D. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE; STC 150/1991, de 4 de julio de 1991, FJ 4, Magistrado Ponente D. LUIS LÓPEZ GUERRA; STC 2/1997, de 13 de enero de 1997, FJ 3, Magistrado Ponente D. JULIO DIEGO GONZÁLEZ CAMPOS; STC 81/1997, de 22 de abril de 1997, FJ 1, Magistrado Ponente D. VICENTE GIMENO SENDRA; STC 8/2001, de 15 de enero de 2001, FJ 1, Magistrado Ponente D. MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA; STC 79/1998, de 1 de abril, FJ 4, Magistrado Ponente D. PABLO GARCÍA MANZANO, entre otras muchas resoluciones.

²⁸³ Auto del Tribunal Constitucional 25/1995, de 30 de enero de 1995, FJ 6.

²⁸⁴ STC 28/1988, de 23 de febrero de 1988, FJ 2 y 3, Magistrado Ponente D. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE.

orientar el modo de cumplimiento de las privaciones penales de libertad en la medida en que estas se presten, principalmente por su duración, a la consecución de aquellos objetivos, pues, el mandato presente en este enunciado inicial del artículo 25.2 CE tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada. Por tanto, el legislador puede crear medidas restrictivas o privativas de libertad que sean absolutamente ineficaces para la reinserción social, sin que ello suponga ninguna tacha de inconstitucionalidad²⁸⁵.

En suma, la jurisprudencia del TC ha mantenido y mantiene una línea desnaturalizadora de la reinserción social como un derecho subjetivo y configuradora de la misma como una orientación de la política penitenciaria, pero que, empero, lejos de acotarla como mero mandato, la considera como *“un norte para la política penitenciaria, en el marco normativo y en la fase de ejecución, cuyos destinatarios directos son los poderes públicos, Gobierno de la nación y Cuerpos colegisladores o cualquier otra institución competente en la materia”*²⁸⁶.

Otro argumento esgrimido en aras de categorizar a la reinserción social como un derecho de los condenados fue el atinente a la posición que la misma ocupa en nuestra Carta Magna, a saber, el Título I atinente a los derechos fundamentales y a las libertades públicas.

Ante esta argumentación, el TC afirmó que el hecho de que un precepto esté situado en el Título I no quiere decir que automáticamente sea un Derecho Fundamental, dado que lo esencial para determinar la naturaleza jurídica de un enunciado constitucional no es sólo su ubicación dentro de la CE, sino otros datos, entre los que destaca la propia estructura normativa que en cada caso posea el enunciado²⁸⁷.

En este sentido, también ha establecido el TC que el artículo 25.2 CE no genera un derecho subjetivo a que cada aspecto de la organización de la vida en prisión se rija exclusivamente por el mismo.

Esta afirmación la realizó, entre otras sentencias, en la STC 119/1996, de 8 de julio. Dicha sentencia resolvía un recurso de amparo interpuesto por dos internos del establecimiento penitenciario de Logroño, a causa del tratamiento al que se estaban viendo sometidos por la aplicación de la Orden Circular de la Dirección General de

²⁸⁵ STC 19/1988, de 16 de febrero de 1988, FJ 9, Magistrado Ponente D. LUIS DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN.

²⁸⁶ STC 209/1993, de 28 de junio de 1993, FJ 4, Magistrado Ponente D. RAFAEL DE MENDIZÁBAL ALLENDE.

²⁸⁷ Auto del Tribunal Constitucional 360/1990, de 5 de octubre, FJ 4.

Instituciones Penitenciarias, de 2 de agosto de 1991, sobre “Normas comunes tipo para internos clasificados en primer grado de tratamiento penitenciario o con aplicación del artículo 10 de la LOGP (preventivos)”: Aislamiento en celda durante 22 horas diarias, dos horas de patio en solitario, privación de toda actividad en común, intervención de comunicaciones orales y escritas, retención de los enseres de higiene y limpieza, y ducha en presencia de funcionarios y carencia de tratamiento individual.

En dicho recurso, los internos exponían que, entre otros artículos, se había visto vulnerado el 25.2 CE, pues consideraban que su reinserción social no se lograría mediante la violación del derecho fundamental comentado.

Ante estas alegaciones, el TC expuso que de este precepto no se derivaba un derecho subjetivo a que cada aspecto de la organización de la vida en prisión se rigiera exclusivamente por el mismo, independientemente del también “fin primordial” de retención y custodia de detenidos, presos y penados que comporta garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro. Este último objetivo es el que perseguirían las restricciones a las que se atribuyen su nula orientación hacia la reeducación y la reinserción social, con patente desconocimiento de la carencia de exclusividad de este fin en la ejecución de la pena privativa de libertad²⁸⁸.

El TC ha seguido manteniendo esta línea combativa de la reinserción social como derecho y configuradora de la misma como mandato de la política penal y penitenciaria²⁸⁹, mandato que comporta para el legislador y la Administración penitenciaria la obligación de observar una doble actuación, tendente, por un lado, al diseño de un régimen de cumplimiento de la pena flexible y capaz de ir adaptándose a los progresos realizados por el interno en su trayectoria hacia la reinserción social²⁹⁰.

En este sentido, con respecto a los límites de este mandato resocializador, esto es, si los efectos del mismo acabarían en la fase de ejecución, o, por el contrario, como ha

²⁸⁸ STC 119/1996, de 8 de julio de 1996. FJ4, Magistrado Ponente D. CARLES VIVER PI-SUNYER.

²⁸⁹ STC 2/1987, de 21 de enero de 1987. FJ2, Magistrado Ponente D. MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER.; STC 150/1991, de 4 de julio, FJ4b, Magistrado Ponente D. LUIS LÓPEZ GUERRA; Auto del Tribunal Constitucional 1112/1988, de 10 de octubre de 1988, FJ1; STC 19/198, de 16 de febrero, FJ9, Magistrado Ponente D. LUIS DíEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN; STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ4, Magistrado Ponente D. CARLES VIVER PI-SUNYER; STC 119/1996, de 8 de julio, FJ4, Magistrado Ponente D. CARLES VIVER PI-SUNYER y STC 299/1005, de 21 de noviembre, FJ2, Magistrado Ponente D. EUGENI GAY MONTALVO y STC 115/2003, de 16 de junio, FJ4, Magistrado Ponente D. PABLO CACHÓN VILLAR.

²⁹⁰ CASANOVA AGUILAR, I., Mandato resocializador de las penas privativas de libertad y permisos de salida penitenciarios, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2014, p. 11.

señalado un sector de la doctrina²⁹¹, si la reinserción social no sólo tendría un papel en la fase de determinación y ejecución de la pena, sino con posterioridad a la finalización de la misma, el TC ha expresado que dicho mandato resocializador señala un norte en el marco normativo y en el de ejecución²⁹², aunque en otras ocasiones ha hecho alusión simplemente a que dicho mandato desplegaría sus efectos en la dimensión penitenciaria de la pena²⁹³.

En suma, como remarca CUTIÑO RAYA, partiendo de la interpretación que el TC realiza sobre la reinserción social, ni el condenado a pena de prisión podrá hacer valer este derecho ante los tribunales frente a actuaciones de la Administración contrarias a este principio, ni la constitucionalidad de la legislación penal y penitenciaria puede ser cuestionada por no estar dirigidas a la consecución de la reintegración social²⁹⁴.

A.2.2) La naturaleza jurídica de la reinserción social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Si bien el análisis de la jurisprudencia del TC despeja cualquier duda acerca de la configuración de la naturaleza jurídica de la reinserción, en la jurisprudencia del TS encontramos una posición ambigua.

Así, por un lado, el TS ha seguido la doctrina trazada por el TC en aquellos supuestos en los que, habiendo sido un infractor condenado con una pena privativa de libertad, éste decide interponer un recurso de casación (fundamentado en el motivo primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (En adelante LECrim)), al considerar que esa decisión judicial quebraba lo dispuesto en el artículo 25.2 CE al no tener por objeto la reeducación y la reinserción social del condenado o quebrantarla directamente²⁹⁵.

Así, en esta línea, entre otras, en la STS de 28 de diciembre de 1998, el TS desestima un recurso de casación considerando que, según la doctrina constitucional impuesta, la reinserción social sería sólo un principio constitucional cuya función sería la

²⁹¹ Entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, JA., *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, op cit, p.93; GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, op cit, p.81.

²⁹² STC 209/1993, de 28 de junio. FJ4. Magistrado Ponente D. RAFAEL MENDIZÁBAL ALLENDE.

²⁹³ STC 88/1998, de 21 de abril de 1998. FJ2. Magistrado Ponente D. MANUEL JIMÉNEZ DE PRAGA Y CABRERA.

²⁹⁴ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.146.

²⁹⁵ DELGADO DEL RINCÓN, L., El artículo 25.2CE: Algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad, op cit, p.361.

de guiar la política penitenciaria del Estado, sin que debieran descartarse otros fines válidos de la pena privativa de libertad. Más concretamente, se expone en la sentencia que el carácter orientador del artículo 25.2 CE debería ser entendido como un postulado a seguir por la Administración penitenciaria, señalando el tratamiento que ha de proporcionarse al interno siempre que ello sea posible, pues existen supuestos en los que tal criterio orientador es imposible o de difícil consecución, como, por ejemplo, en los casos de las penas privativas de libertad de corta duración, o en las que se imponen a infractores que no necesitan reeducación como los delincuentes ocasionales, los delincuentes por convicción, los delincuentes económicos, etc.

Desde esta perspectiva, la reinserción y la reeducación proclamada en el artículo 25.2 CE obliga al legislador y aplicador del derecho a diseñar una política penitenciaria y una interpretación de la misma que tenga en cuenta que el interno deberá retornar a la libertad y no deberá ser aislado del contexto social, lo que satisfaría la reinserción, y que durante la ejecución de la pena se atienda a las carencias educacionales del interno, precisamente sobre aquéllas que más inciden en la comisión de delitos, lo que atenderá a la reeducación²⁹⁶.

En efecto, dentro de este primer grupo, el TS ha defendido argumentaciones cercanas a la posición mantenida por el TC de considerar la reinserción social no como mero mandato orientador de la política penal y penitenciaria, sino como algo más. Así, indica que *“la orientación de las penas a la reinserción y a la reeducación ya entendida como principio inspirador de la política penal y penitenciaria, ya como derecho que actúa en fase de ejecución, supone que el ordenamiento jurídico debe prever unas instituciones que tengan en cuenta que el interno debe reinsertarse en la sociedad, por lo que debe ser preparado para ella”*²⁹⁷. Como se puede comprobar, en esta afirmación se abre la posibilidad de tratar a la reinserción social como un principio que inspira la política penal y penitenciaria, y también como un derecho subjetivo que únicamente tendría cabida en la fase de ejecución de la pena.

En otra sentencia, otorgando un *prius* de importancia a la reinserción social expone que *“el artículo 25.2 superpone los criterios de legalidad, reinserción y*

²⁹⁶ STS, Sala segunda de lo Penal de 28 de diciembre de 1998, Fundamento de Derecho segundo, Ponente D. ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA; STS, Sala Segunda de lo Penal, de 7 de febrero de 2013, Fundamento de Derecho primero, Ponente D. MANUEL MARCHENA GÓMEZ; STS, Sala Segunda de lo Penal, de 28 de febrero de 2006, Fundamento de Derecho tercero, Ponente D. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR.

²⁹⁷ STS, Sala Segunda de lo Penal de 20 de abril de 1999.

resocialización a cualquier otra finalidad de la pena y sería absurdo renunciar a la consecución de estos fines cuando no existe un obstáculo legal, expreso y taxativo, que se oponga a la adopción de medidas accesorias. La voluntad explícita del legislador constitucional nos dice que la respuesta adecuada del sistema punitivo y sancionador tiene que ajustarse a criterios de proporcionalidad, racionalidad, individualización y resocialización”²⁹⁸.

En un sentido parecido, aunque un poco más explícito, el TS ha llegado a afirmar que el delincuente no se debe sujetar a la justicia penal con fines de expiación o de coacción psicológica con efectos meramente preventivos, sino que se alzapriman y reclaman un primer puesto atencional otros fines de resocialización del individuo exigentes de una integración racional de la pena y de la medida de seguridad. En esta línea, también llega a afirmar que todo cuanto contradiga y se enfrente con tal faro orientador, adulterará el fin último de la pena y comportará una tacha desde el punto de vista constitucional tornando así vulnerable el acuerdo constitucional a la luz de los derechos fundamentales²⁹⁹.

Por otro lado, el TS ha trazado otra línea argumentativa de la naturaleza jurídica de la reinserción social totalmente antagónica a la anteriormente expuesta. Así, expone que *“es preciso tener en cuenta que la reinserción social no es una finalidad absoluta de las penas privativas de la libertad establecida constitucionalmente. En principio, se trata de una orientación armonizable con otras finalidades de la pena y con la exigencia de justicia prevista en el artículo 1 CE”*³⁰⁰.

Tal y como podemos observar, el papel del TS no ha sido esclarecedor en este sentido, pues sus pronunciamientos no convergen en un punto común al contrario de lo que ocurre en la jurisprudencia del TC.

En suma, no obstante, a pesar de que la jurisprudencia del TS pueda servir como un argumento para interpretar la normativa penitenciaria y para la defensa de una mayor extensión de los instrumentos que fomentan la resocialización, se debe tener en cuenta que es el TC el máximo intérprete de nuestra Carta Magna, por lo que será su doctrina la que delimite el contenido y alcance del artículo 25.2 CE³⁰¹.

²⁹⁸ STS, Sala Segunda de lo Penal de 1 de junio de 1990.

²⁹⁹ STS, Sala Segunda de lo Penal de 20 de octubre de 1994, Fundamento de derecho quinto, Ponente D. FRANCISCO SOTO NIETO.

³⁰⁰ STS, Sala Segunda de lo Penal, de 26 de octubre de 2001, Fundamento de derecho único, Ponente D. ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER.

³⁰¹ CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, op cit, p.149.

CAPÍTULO III. LA PÉRDIDA DE LA CREDIBILIDAD DE LA REINSERCIÓN SOCIAL

III.1) La caída de la reinserción social

Cuando se hace referencia al auge y a la caída del ideal resocializador, resulta de obligada mención el análisis realizado sobre la materia por el sociólogo GARLAND en su obra *La cultura del control*³⁰².

En este orden de hechos, al hablar del auge de la reinserción social, es necesaria la alusión al término “welfarismo penal”, que viene a ser un contexto social cuyas raíces se encuentran en la década de 1980 y cuyo desarrollo se llevó a cabo, sobre todo, en las décadas de 1950 y 1960. Fue en 1970 cuando dicho fenómeno se convirtió en el marco de las políticas públicas de Gran Bretaña y Estados Unidos³⁰³.

En esta línea, el axioma básico del “welfarismo penal” era que las medidas penales, en la medida de sus posibilidades estuvieran destinadas a la rehabilitación en lugar de a castigos retributivos y negativos. Es decir, la reinserción social se configuraba como un principio hegemónico. En esta tesitura, fueron muchas las prácticas que comenzaron a llevarse a cabo a partir de este axioma, por ejemplo, la individualización del tratamiento basado en la evaluación y clasificación por los expertos, la investigación criminológica centrada en cuestiones etiológicas y en la efectividad del tratamiento, el trabajo social con los infractores y sus familias, y los regímenes custodiales que ponían el acento en los propósitos reeducativos del encarcelamiento y en la importancia del apoyo para la reinserción tras la liberación.

En este sentido, se otorgaba una gran credibilidad e importancia al conocimiento criminológico y a los estudios empíricos.

En esta línea, al auge del “welfarismo penal”, y, por extensión, al auge del ideal resocializador, contribuyeron un elenco de circunstancias sociales e históricas, a saber, la existencia de un Estado del bienestar; unas condiciones económicas y favorables a la provisión de asistencia social, al gasto público y a un cierto grado de distribución de la riqueza; el apoyo de la élites políticas, y, por último, la existencia de una percepción de

³⁰² GARLAND, D., *La cultura del control*, Gedisa, 2001, pp.81-117. También se pueden visualizar unas breves nocios del auge de la ideología rehabilitadora en VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar, op cit*, pp.11 y ss.

³⁰³ En esta época, el auge del ideal resocializador acompaña al auge del welfarismo penal. Véase en ZIPF, H., Alteraciones dogmáticas en los fines de la pena de la prevención especial y de la prevención general, en POLAINO NAVARRETE, M (comp)., *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, 1987, p.89.

validez y efectividad de las actividades desarrolladas por las instituciones penales welfaristas.

Empero, a mediados de los años 70, el apoyo al welfarismo penal comienza a debilitarse, ya que se empieza a perder la confianza en sus premisas y prácticas. En cuestión de pocos años, hubo una serie de cambios en las ideas y la filosofía penales, un cambio que marcó un período turbulento que dura hasta la actualidad. A lo largo de las siguientes décadas esto implicaría una serie de modificaciones importantes en la legislación penal y en la práctica de las prisiones. Así pues, este período estuvo presidido por una crítica al correccionalismo y un ataque sistemático al tratamiento individualizado.

En determinados aspectos, la mayor parte de las críticas vinieron desde dentro del entramado del welfare penal. A comienzos de 1970 ya había una gran cantidad de publicaciones estadounidenses que criticaban duramente el welfarismo penal y el modelo del tratamiento individualizado.

De esta guisa, la primera y más radical de estas críticas fue el informe del Working Party of the American Friends Service Committee titulado *Struggle for justice* y que fue publicado en el año 1971.

Posteriormente, en 1974, la evidencia empírica del fracaso del tratamiento fue puesta nuevamente de manifiesto por Robert Martinson en un artículo titulado *What Works in prison reform?*. Tal y como expone ZYSMAN QUIRÓS³⁰⁴, el origen de dicha publicación se remontaba a 1966. En aquel año, el *New York State Governor's Special Comitee on Criminal Offenders* decidió impulsar una investigación basándose en la creencia de que en las cárceles de New York se podía evitar la reiteración delictiva mediante la prevención especial, aunque la publicación definitiva de la investigación completa no fue dada a conocer hasta 1975.

Para escribir este artículo, Martinson se basó en un análisis de 231 estudios de evaluación que datan del período comprendido entre los años 1945 y 1967. En este artículo Martinson probó que, salvo determinadas excepciones, los esfuerzos que se habían realizado en pos de la rehabilitación no habían tenido ningún efecto apreciable sobre la reincidencia. En poco tiempo estas conclusiones fueron vistas como la evidencia más certera de que nada marchaba. Esta visión nihilista adquirió una mayor credibilidad

³⁰⁴ ZYSMAN QUIRÓS, D., *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, Didot, 2012, p.255.

gracias a una serie de estudios que se fueron publicando posteriormente, tanto en Estados Unidos como en Gran Bretaña.

Esta caída del ideal resocializador en Estados Unidos estuvo acompañada por una serie de eventos histórico-sociales que en nada lo beneficiaban. Así, a comienzos de los años 70, hubo un período de recesión económica producido en su mayor parte como consecuencia de la crisis petrolera, lo que también estuvo acompañado de un período de inestabilidad política, una situación de desempleo masivo y un colapso en la producción industrial. Con base en estas premisas, en la década de 1980 se comenzó a reducir la financiación de los programas de tratamiento y de la investigación orientada al tratamiento.

Con el paso del tiempo, todo este proceso de cambio que comenzó a gestarse en Estados Unidos también pasó a Gran Bretaña, donde comenzó a desarrollarse una amplia bibliografía crítica con este ideal resocializador.

Como expone GONZÁLEZ COLLANTES, en el resto de estados de parecidas características culturales que Estados Unidos, el ideal resocializador se desarrolló en el mismo contexto y bajo unas circunstancias parecidas. Como explica la citada autora, también en el Estado español el ideal resocializador pasó a un segundo plano.

España, al igual que Estados Unidos y Gran Bretaña, también se sumó de manera entusiasta a la humanización del sistema penal y penitenciario a través de la resocialización³⁰⁵. BURGOS FERNÁNDEZ manifiesta dicho auge como una consecuencia de diversas políticas y medidas, como, por ejemplo, la aprobación del Real Decreto de 29 de julio de 1977, herramienta jurídica que contenía un elenco de premisas conducentes a la consecución de la reinserción social de los penados, tales como: la supresión de la celda de castigo; introducción de mayores facilidades de los reclusos en aras a la facilitación de sus comunicaciones escritas y orales; introducción de los *vis a vis*; posibilidades de obtener permisos de salida al exterior por un período de siete días, y derecho de los reclusos de recurso ante la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y a los Tribunales. Además, el Real Decreto mencionado, incluía en el artículo 106 1b) del Reglamento de los Servicios de Prisiones el deber de los internos de aceptar el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que les fueran prescritas en función del diagnóstico individualizado³⁰⁶.

³⁰⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social, op cit*, pp.90 y ss.

³⁰⁶ BURGOS FERNÁNDEZ, F., “Evolución histórica de la legislación penitenciaria en España”, “disponible en www.rodin.uca.es”.

A pesar del papel asumido por el Estado español en esta materia, en los años 80 comienza a cambiar de estrategia y empiezan a adoptarse diversas medidas que no parecen acercarse en demasía al objetivo resocializador. En esta línea, GONZÁLEZ COLLANTES hace alusión a la creación de los ficheros de internos de especial seguimiento, a la implantación de las políticas de dispersión de las personas condenadas por terrorismo, y a la construcción de las primeras macropisiones apartadas de los núcleos urbanos y no siempre bien comunicadas.

No obstante, es a partir del año 2003 cuando los cambios se hicieron más notables³⁰⁷.

Así, a modo de ejemplo, algunas de las reformas realizadas fueron la supresión y sustitución de la pena de arresto de fin de semana por la de prisión de corta duración, el empeoramiento de las circunstancias del cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, la creación de la pena de localización permanente para faltas, en el delito de aborto se sustituyó la pena de arresto de fin de semana por la de prisión o multa, la pena de arresto de fin de semana por la de prisión o multa en el delito de lesiones tipificado en el artículo 147 CP, aumento de las penas de privación de conducir vehículos a motor y ciclomotores, aumento de las penas máximas de prisión en el supuesto de omisión de socorro, entre otras³⁰⁸.

En el ámbito penitenciario, la LO 7/2003 endureció el acceso al tercer grado y a la libertad condicional mediante la introducción del período de seguridad que imposibilitaba la clasificación del condenado a una pena de prisión superior a cinco años en tercer grado hasta que hubiera cumplido la mitad de la pena impuesta³⁰⁹.

En este contexto, tal y como se puede extraer de la redacción anterior, el optimismo que caracterizó a la finalidad preventivo especial positiva de las penas ha caído en los últimos años, sobre todo ante las dificultades teóricas y prácticas que suscita la meta de la resocialización.

Aunque las críticas más duras recayeron sobre la prisión y su incapacidad para ser útil de cara a la consecución de la reinserción social³¹⁰, han sido varias las objeciones que

³⁰⁷ GONZÁLEZ COLLANTES, T., Auge y crisis de la resocialización. Crisis y auge de la pena de prisión, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº115, 2015, p.177; TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas pena y medidas alternativas a la prisión*, Edisófer, 2005, p.53.

³⁰⁸ JAÉN VALLEJO, M., Las reformas del Código Penal 2002/2003, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, p. 5.

³⁰⁹ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, op cit, p. 324.

³¹⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, IB y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Manual de Derecho Penitenciario*, Cólax, 2001, p.64.

se le han hecho a la reinserción social en tanto que finalidad única o predilecta de las penas privativas de libertad, entre otras, el límite que suponen en ocasiones los propios infractores para la reinserción social³¹¹, y el papel que juega la sociedad que recibe al delincuente³¹².

III.1.1) La prisión como engranaje desocializador

A modo de introducción, se ha de indicar que la pérdida de credibilidad del pensamiento resocializador ha estado ligada a la ausencia de credibilidad de la pena de prisión como una respuesta penal legítima al hecho punible³¹³.

En primer lugar, ha de remarcarse que, a partir del siglo XIX se veía a la prisión como el medio adecuado para conseguir la reforma del delincuente. Este optimismo perduró durante varios años³¹⁴.

No obstante, desde su nacimiento, este optimismo estuvo condenado al fracaso, pues ya en las postrimerías del siglo XIX, y más intensamente a partir del siglo XX, de manera coetánea al auge del ideal resocializador empiezan a gravitar críticas tanto sobre las penas de encarcelamiento demasiado cortas³¹⁵ como sobre las demasiado largas, bajo la idea fundamental de que las mismas contribuían más a la desocialización que a la reinserción social de los penados³¹⁶.

La propia situación de privación de libertad inseparable de la creación de un mundo separado de la sociedad que se rige por sus propias pautas de comportamiento y

³¹¹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*, Reppertor, 2010, p.86.

³¹² GÓMEZ DE LA TORRE, IB y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Manual de Derecho Penitenciario*, op cit, p.64.

³¹³ En este sentido véase LEGANÉS GÓMEZ, S., *La prisión abierta: Nuevo régimen jurídico*, op cit, p. 25; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, op cit, p. 460; CRUZ CASTRO, F., *La resocialización como objetivo fundamental de la pena privativa de libertad. Análisis de la legislación costarricense y española*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, p.190.

³¹⁴ CRUZ CASTRO, F., *La resocialización como objetivo fundamental de la pena privativa de libertad. Análisis de la legislación costarricense y española*, op cit, p.190; CLEMENTE DÍAZ, M y SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, op cit, p.77.

Por ejemplo, autores como HASSEMER consideraban que, las penas privativas de libertad de hasta seis meses de duración no son, por regla general, lo suficientemente largas como para permitir un tratamiento con éxito, y si, en cambio, para introducir al recluso en la subcultura de la prisión. Véase en HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, op cit, p.358; BARBERO SANTOS, M., *Marginación social y derecho represivo*, Bosch, 1980, p.123.

³¹⁶ GONZÁLEZ COLLANTES, T., Auge y crisis de la resocialización. Crisis y auge de la pena de prisión, op cit, p.183; CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, op cit, p.99; LUZÓN PEÑA, D., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, op cit, p.69; BARBERO SANTOS, M., *Marginación social y derecho represivo*, op cit, p.123.

que genera un sistema de valores diferente y autónomo, demeritaba la consecución de la reinserción social³¹⁷.

Fueron muchos los que alzaron su voz contra la pena de prisión, considerando que la reintegración del condenado en la sociedad no podía perseguirse a través de la prisión, o, incluso que deberían buscarse métodos para hacer más positivas las condiciones que conllevaba la vida en la cárcel en aras de conseguir la reinserción social de los penados³¹⁸.

En este sentido, como remarca GONZÁLEZ COLLANTES, en países como Francia, este rechazo a las prisiones fue apoyado por autores de la talla de FOUCAULT o VIDAL NAQUES al final de la década de los 70³¹⁹.

Además, en esta línea se posicionaban incluso personas que trabajaban dentro de la propia institución penitenciaria. Por ejemplo, Birirmage, director general de las prisiones de Holanda y profesor de penología, aseguraba que *“yo no sé si las prisiones son necesarias en nuestra sociedad, yo no sé si las prisiones son legítimas, yo sólo sé una cosa: si ustedes quieren un sistema que dé a las personas la posibilidad de mejorar sus vidas, las prisiones no son este sistema. Las prisiones tienen una influencia muy negativa sobre las personas. Como estructura, disminuye las posibilidades de tener una vida plena”*. De esta suerte, también llovieron críticas sobre la prisión procedentes del entorno judicial. Tal es el caso del juez estadounidense James Doyle, quien en el caso Morales contra Schmidt afirmó lo que sigue: *“La institución de la prisión tiene que desaparecer. En muchos sentidos resulta tan intolerable como lo fue la institución de la esclavitud, igualmente embrutecedora para todos cuantos participan, igualmente nociva para el sistema social, e igualmente subversiva para la fraternidad humana, todavía más costosa en ciertos sentidos, y probablemente menos racional”*³²⁰.

Estas críticas a la legitimidad de la prisión como medio eficaz para conseguir la reinserción han generado dos efectos nocivos: En un primer lugar, una involución del

³¹⁷ MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General, op cit*, p.559; MATELLANES RODRÍGUEZ, N., Los fines de la pena, en DÍAZ SANTOS, R.S y CAPARRÓS, E.A., *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, 1995, p.24; CRUZ CASTRO, F., *La resocialización como objetivo fundamental de la pena privativa de libertad. Análisis de la legislación costarricense y española, op cit*, p.191.

³¹⁸ BARATTA, A., Cárcel y Estado social. Por un concepto de reintegración social del condenado, en OLIVAS, E., *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, 1991, p.139.

³¹⁹ GONZÁLEZ COLLANTES, T., *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la Constitución, op cit*, p.26.

³²⁰ GONZÁLEZ COLLANTES, T., Auge y crisis d la resocialización. Crisis y auge de la pena de prisión, op cit, p.186. El movimiento descarceratorio se comenzó a gestar en Estados Unidos a finales de los años 60. Véase en LARRAURI, E., Las paradojas del movimiento descarceratorio en Estados Unidos, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 40, 1987, p.771.

Derecho penal hacia posiciones más centradas en el retribucionismo o en la represión de una conducta antijurídica³²¹, y en segundo lugar, una configuración de las Instituciones Penitenciarias como un dispositivo más familiarizado con las funciones de control y custodia que con el tratamiento e intervención que requiere la búsqueda de la resocialización del recluso³²².

En este sentido, autores como MUÑOZ CONDE afirman que es muy difícil educar para la libertad en condiciones de no libertad, concretamente refiriéndose a la prisión³²³, debido, entre otros factores, al contexto en el que se desarrolla la vida en una prisión, especialmente si tenemos en cuenta que se puede privar de libertad también dentro del propio medio penitenciario, apartando así la reeducación y la reinserción social en pos de finalidades puramente custodiales o securitarias³²⁴.

En efecto, el artículo 42 LOGP regula el siguiente elenco de sanciones a aplicar: sanción de aislamiento en celda durante catorce días; sanción de aislamiento de hasta siete fines de semana; privación de permisos de salida por un tiempo que no podrá ser superior a dos meses; limitación de las comunicaciones orales al mínimo de tiempo previsto reglamentariamente, durante un mes como máximo, y, por último, privación de paseos y actos recreativos comunes en cuanto sea incompatible con la salud física y mental hasta un mes como máximo³²⁵.

³²¹ CHOCLÁN MONTALVO, JA., *Individualización judicial de la pena, función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, op cit, p. 95; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, op cit, p. 96.

³²² En Este sentido, CORRECHER MIRA, J., Nuevas perspectivas en la ejecución de penas privativas de libertad, op cit, p. 347; AÑEZ CASTILLO, MA, HANCHEN PEN, P, MANSSUR MORALES, JN, PÁRRAGA MELÉNDEZ, JE., Asistencia laboral penitenciaria y post-penitenciaria. Una propuesta a la reintegración social del recluso, en *Capítulo Criminológico vol 36*, 2008, p. 54. En esta línea PAVARINI afirma que “*La cárcel es siempre ajena a toda potencialidad resocializadora, la normativa actual está entre su abolición y su resurrección como aparato de terror represivo*”, en PAVARINI, Concentración y difusión de lo penitenciario. La tesis de Rusche y Kircheimer y la nueva estrategia del control social en Italia, traducido por I. Muñagorri, CPC, N°7, 1979, p.121.

³²³ En este sentido GARCÍA VALDÉS, C., *Introducción a la penología*, op cit, p. 158; ÁLVAREZ GARCÍA, FJ., Consideraciones sobre la función de la pena en el ordenamiento constitucional español, op cit, p. 27; BUSTOS RAMÍREZ, B., *Derecho Penal y control social*, op cit, p.107.

³²⁴ GONZÁLEZ CANO, MI., *La ejecución de la pena privativa de libertad*, op cit, p.39.

³²⁵ Hay estudios que revelan una serie de síntomas anejos al aislamiento como son: ceguera de prisión debido a los problemas de iluminación y a la falta de horizonte y de perspectivas abiertas, agarrotamiento muscular, problemas psicosociales como labilidad afectiva con cambios bruscos injustificados, autoafirmación agresiva o sumisión, estados de ansiedad, pérdida de vinculaciones con el exterior y del interés por las mismas, etc. Véase en MAPELLI CAFFARENA, B., Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento), en CEREZO MIR PUIG, J, SUÁREZ MONTES RF, BERISTAIN IPIÑA, A y ROMEO CASABONA CM., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, op cit, p. 628. También se pueden ver de una forma meridiana clara los efectos de la prisionización, así como diversos estudios que se han realizado al respecto en CLEMENTE DÍAZ, M., Los efectos psicológicos del encarcelamiento, en JIMÉNEZ BURILLO, F y CLEMENTE, M., *Psicología social y sistema penal. Compilación de Florencio Jiménez Burillo y Miguel*

Otros autores como DÍEZ RIPOLLÉS sostienen una valoración ambivalente de la pena de prisión, tildándola por un lado de engranaje diseñador del marco espacial que va a facilitar la reinserción social de los infractores, y, por otro lado, percibiéndola como un sistema que despliega un elenco de efectos negativos anejos a todo internamiento que dificultarán la consecución de la reinserción social³²⁶.

En esta línea, es cierto que, el *modus vivendi* en una cárcel resultará muy marcado en primer lugar por la existencia de la subcultura carcelaria y la inevitable empatía del interno con la misma³²⁷.

Como ya se vio en anteriores capítulos, la subcultura carcelaria es el modo de vida que se da en el interior del establecimiento penitenciario y que sigue unas reglas fijas como no denunciar ni perjudicar o dañar al compañero, no cooperar con el funcionario, la aceptación del liderazgo que los internos más violentos o poderosos ejercen sobre el resto, el consumo de sustancias tóxico-inhedoras prohibidas reglamentariamente, etc³²⁸.

Este fenómeno de la asunción de la subcultura carcelaria vendría complementado por una serie de efectos negativos que la propia estancia en la prisión generaría en el interno. Este elenco de factores negativos que se manifestaban dentro del establecimiento penitenciario creaba, lo que por CLEMMER fue bautizado como “prisonización”, y que ha sido conocido por otros autores con diferentes términos. Así, investigadores como DE LA CUESTA ARZAMENDI aluden a dicho procedimiento como “socialización negativa”³²⁹, aunque el término más comúnmente aceptado es el de “desocialización”³³⁰.

Indistintamente de la terminología empleada para aludir a este fenómeno, podemos observar cómo todos ellos parecen abordarlo en un sentido negativo, y es que a través de este proceso el interno se iría incapacitando cada vez más para enfrentarse a

Clemente, Alianza Editorial, 1986, p. 253-268; CABALLERO ROMERO, JJ., El “mundo” de los presos, en JIMÉNEZ BURILLO, F y CLEMENTE, M, *Psicología social y sistema penal*, op cit, pp 283-285 y, en MANZANOS BILBAO, C., El sistema de dominación carcelario y sus efectos desocializadores, en OÑATI PROCEEDINGS, *Sociology of Penal Control Within the Framework of the Sociology of Law*, The Oñati International Institute For The Sociology Of Law, 1991, pp 200-222.

³²⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, JL., *La política criminal en la encrucijada*, B de F, Madrid, 2007, pp 66-67.

³²⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal y Control Social*, op cit, p. 99. En este sentido véase también LÓPEZ MELERO, M., Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador. La reeducación y la reinserción social de los reclusos, op cit, p. 274.

³²⁸ GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*, Tecnos, 1985, p.158.

³²⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria, op cit, p.6.

³³⁰ CABRERA CABRERA, P.J., Cárcel y exclusión, en *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, 2002, p.87; SERRANO-PIEDRECASAS, JR., La resocialización, en FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *La cárcel, una institución a debate*, Ratio Legis Ediciones, 2014, p.17.

ciertos aspectos de la vida en el exterior³³¹, de forma que cuanto más larga fuera la estancia en la prisión mayor empatía alcanzaría el interno con la cultura carcelaria³³². De esta forma se agravarían los efectos excluyentes que ya de por sí presenta la prisión, institución generadora de exclusión social por excelencia³³³.

Esto fue explicado por el propio CLEMMER, quien argumentaba la existencia de una relación ascendente entre la duración de la privación de libertad y el proceso de prisionización, de tal forma que, a mayor duración de las penas serían mayores los efectos que dicha prisionización produciría en los internos. Entre los efectos más destacados, el referenciado autor señalaba los siguientes: Aumento del grado de dependencia, debido al enorme control conductual al que se ven sometidos los internos; devaluación de la propia imagen y disminución de la autoestima; aumento de los niveles de dogmatismo y autoritarismo, lo cual se traduce en una mayor adhesión a los valores carcelarios, y, por último, aumento del nivel de ansiedad generalizada en el encarcelado³³⁴.

Se ha señalado que es a partir de los quince años de privación de libertad cuando el interno comienza a sufrir daños irreversibles en su personalidad³³⁵.

De forma paralela a las críticas que se hacían a la prisión como una arquitectura que no servía para resocializar, también se criticaba la práctica de la aplicación de un tratamiento penitenciario dentro de la prisión. En efecto, entre otras cuestiones, se objetaba al tratamiento su carácter antipedagógico, porque se consideraba absurda la pretensión de preparar a un hombre para la vida social aislándole de ella de forma coactiva. Del mismo modo, se criticaba al tratamiento penitenciario su carácter manipulador, dado que el mismo implicaba una injerencia ilegítima en los derechos fundamentales del recluso que deja de ser sujeto para convertirse en objeto del mismo. Además, se criticaba que el tratamiento en el seno de una institución penitenciaria no podía producir un efecto resocializador, ya que, como se ha indicado anteriormente, la

³³¹ Véase GOFFMAN, E., *Internados, Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrotu editores, 1994, p. 26; LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, 1991, p. 66.

³³² KAUFMANN, H., *Ejecución penal y terapia social*, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 121.

³³³ CABERA CABRERA, P.J., *Cárcel y exclusión*, op cit, p. 86.

³³⁴ RIVERA GONZÁLEZ, G., *Tratamiento penitenciario individualizado en las penas privativas de libertad de larga duración*, en DE LEÓN VILLALBA, FJ (dir) y LÓPEZ LORCA, B (coord.), *Penas de prisión de larga duración*, Tirant lo Blanch, 2017, p.206; RIOS MARTÍN, JC y CABRERA CABRERA, P.J., *Mil voces presas*, Comillas, 1998, p.80.

³³⁵ BERINSTAIN, A., *Derecho Penal y Criminología*, Temis, 1986, p. 198; CUERDA RIEZU, A., *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, op cit, p.73.

participación del recluso en la cultura carcelaria le obligaba a asumir e interiorizar los valores de ésta³³⁶.

III.1.2) Los sujetos pasivos de la reinserción social como límites a la misma

Una de las críticas que se ha hecho a una sobrestimación de la reinserción social como finalidad de la pena, vendría dada por la posibilidad de que determinadas prácticas penales y/o penitenciarias basadas en la consecución de la reinserción social pusieran en tela de juicio determinados derechos fundamentales de los internos.

En efecto, se ha criticado a la reinserción social que al basarse en la peligrosidad del sujeto no se planteaba un límite a la intervención estatal porque las necesidades preventivo-especiales positivas podían requerir adoptar una pena superior a la medida de la proporcionalidad de la pena, o incluso penas de duración indeterminada, como ya ocurrió, de hecho, en Estados Unidos³³⁷, con la conocida como sentencia indeterminada³³⁸, y es que, en efecto, como remarca ROXIN, la propia idea de la reinserción social tampoco possibilitaba una delimitación temporal de la intervención estatal mediante penas fijas, sino que perseguirían el seguimiento de un tratamiento penitenciario hasta que se diera la definitiva corrección del infractor, pudiendo llegar a ser dicho procedimiento incluso indefinido³³⁹.

Como se acaba de mencionar, ese fenómeno ya se ha dado en la historia penal norteamericana, cuyo máximo exponente lo constituyó la conocida como “sentencia penal indeterminada”, que tuvo su origen en el Congreso de Cincinnati³⁴⁰.

Esta herramienta jurídica consistía en la imposición de marcos penales amplios dejando la decisión de puesta en libertad en manos de un comité de expertos conocidos como “parole boards”. La finalidad de este sistema era simple, prolongar la privación de libertad de forma indefinida hasta lograr la reinserción social del delincuente³⁴¹.

³³⁶ GARCÍA PABLOS, A., *Tratado de criminología*, op cit, p.1061.

³³⁷ *Ibidem*, p. 101; ROXIN, C., *Problemas básicos del derecho penal*, op cit, p.16.

³³⁸ Véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria, op cit, p.15; FALCÓN Y TELLA, M.J y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿Un derecho a castigar?*, op cit, p.226.

³³⁹ ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, op cit, p.16. En este sentido también DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op cit, p.65.

³⁴⁰ ZYSMAN QUIRÓS, D., *Sociología del castigo, genealogía de la determinación de la pena*, op cit, p. 217. El fundamento teórico de este pionero método resocializador se encontraba en la creencia generalizada de la comunidad científica de que la causa de que existiera el delito se encontraba en la liberación de cientos de prisioneros todos los años en los Estados Unidos, prisioneros que eran liberados sin estar totalmente reinsertados.

³⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, JM., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, B de F, 2010, p 30.

Como aditamento, cabe añadir que por más que se abogara por mostrar una predilección excesiva por la prevención especial positiva, se consideraba que la conducta carcelaria no podría servir de base para predecir el comportamiento de ese individuo supuestamente reinsertado en la comunidad, puesto que realmente serían variables extrainstitucionales como la existencia de lazos familiares en el exterior o la consecución de un trabajo las que conducirían a este sujeto a la reincidencia o a una correcta vida en libertad³⁴².

En esta línea, se ha remarcado la existencia de un segundo límite a una sobrestimación de la reinserción social como finalidad de la pena, representada por los internos que, por diversas razones, no tuvieran necesidad de recibir esa corrección.

En este sentido, en primer lugar, nos encontraríamos con los internos que han cometido un delito pero que no necesitan reinsertarse porque a pesar de haber cometido dicha transgresión están perfectamente integrados en las normas sociales vigentes³⁴³.

Por tanto, una sobreestimación de la función reinsertora de las penas abriría la puerta a la posibilidad de que los delitos graves pudieran permanecer impunes en la medida en que no existiera un peligro de reincidencia en el autor concreto por haber cometido dicho delito en unas circunstancias muy excepcionales, encontrándose integrado perfectamente en las normas sociales vigentes³⁴⁴.

En efecto, a pesar de que las cárceles presentan una proporción de internos con déficits sociales, psicológicos, ambientales y sociológicos, desde esta perspectiva habría un grupo de casos que no necesitarían someterse a un programa rehabilitador para lograr su reinserción social. Entre otros, se encontrarían los siguientes supuestos: Personas que cometen el delito en una situación única y exclusiva de conflicto cuya repetición es prácticamente imposible (pensemos en un padre que asesina por venganza al violador de su hija); personas que no pueden volver a cometer la actividad delictiva (anciano de 80 años que comete un homicidio imprudente bajo los efectos del alcohol , por lo que se le

³⁴² MORRIS, N., *El futuro de las prisiones*, Siglo XXI Editores, 1985, p. 37.

³⁴³ LEGANÉS GÓMEZ, S., *La prisión abierta: nuevo régimen jurídico*, op cit, p. 25; GRACIA MARTÍN, L (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español*, Tirant lo Blanch, 1996, p.61; SANZ MORÁN, A.J., *Las teorías penales hoy*, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M y GARCÍA AMADO, J.A (ed), *Estudios de filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, 2006, p.143.

³⁴⁴ Sobre este punto de vista véanse, entre otros: LEGANÉS GÓMEZ, S., *La prisión abierta: nuevo régimen jurídico*, op cit, p. 83; STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible*, op cit, p.15; ROXIN, C., *Problemas básicos del derecho penal*, op cit, p.16; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, op cit, p.70; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, op cit, p.86; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Tirant lo Blanch, 1996, p.287.

retira el carnet de conducir que nunca podrá renovar); infractores que debido a la lentitud de la justicia se han reinsertado con carácter previo a la entrada en prisión (persona que comete un robo para consumir droga pero que, cuando finalmente recae la sentencia condenatoria, ya se ha deshabitado de cualquier tipo de drogadicción y se encuentra perfectamente insertado en la sociedad)³⁴⁵, quien evade impuestos, quien realiza un uso indebido de información privilegiada, quien manipula un mercado, quien contamina gravemente el medioambiente³⁴⁶, etc.

A *sensu contrario*, la necesidad del castigo se orientaría hacia aquellos infractores mentalmente insanos, pero peligrosos, tendencialmente reincidentes, o a delincuentes crónicos, autores de infracciones quizás poco graves o de escaso contenido culpabilístico, como los cleptómanos, cuya proclividad al crimen sólo cabría prevenir con medidas de duración indefinida³⁴⁷.

En segundo lugar, nos encontraríamos con los individuos condenados respecto de los cuales el proceso psicológico social de aprendizaje de normas y valores no ha tenido lugar o ha sido muy defectuoso, ya que si no han estado nunca adaptados va a ser muy difícil adaptarles³⁴⁸, es decir, los delincuentes considerados incorregibles. En estos casos en los que no fuera posible la corrección del interno, la prevención especial positiva dejaría de ser efectiva y se debería recluir al infractor, aunque el delito cometido no fuese de una entidad considerable³⁴⁹.

Finalmente, nos encontraríamos con un tercer grupo de sujetos representados por criminales y psicópatas peligrosos que tienden irremisiblemente al delito y para los que no cabría más tratamiento que la inocuización³⁵⁰.

³⁴⁵ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Ejecución de penas en España, la reinserción social en retirada*, op cit, p. 24.

³⁴⁶ VÁZQUEZ, M., Imputación fundada en la prevención especial positiva: ¿Criterio funcional a la selectividad del sistema penal?, en AMBOS, K, MALARINO, E y R. PASTOR., *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho Penal y Procesal Penal*, Hammurabi, 2017, p.121; CARUSO FONTÁN, M.V y PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., *Principios y garantías del derecho penal contemporáneo*, op cit, p.110.

³⁴⁷ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, op cit, p. 63; JESHECK, HH., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op cit, p.66; GRACIA MARTÍN, L (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, op cit, p.60.

³⁴⁸ CÓRDOBA RODA, J., *La pena y sus fines en la Constitución española*, op cit, p. 133.

³⁴⁹ MIR PUIG, C., *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, op cit, p.34.

³⁵⁰ PEÑAS ROLDÁN, L., *Resocialización. Un problema de todos*, op cit, p.489.

III.1.3) El papel negativo de la sociedad de cara a la reinserción social del infractor

Otro de los factores generadores de desconfianza en la prevención especial positiva como finalidad principal a conseguir a través de la imposición de la pena vendría representado por el momento en el que se produce la reintegración en la sociedad del infractor que ya ha cumplido su condena, debido al papel que ocupa la sociedad en esta recepción.

En este sentido, la sociedad jugaría un rol múltiple negativo con respecto al individuo que va a ser reintegrado en la misma, ya que, por un lado, esa sociedad a la que el expresidiario vuelve es una sociedad criminógena, esto es, una sociedad productora de delincuencia³⁵¹, y, por otro lado, es una sociedad que pone muchas trabas a la efectiva reinserción social del sujeto que ha cometido un delito, puesto que, cuando el mismo regresa a la sociedad tras haber cumplido una pena de prisión, lo hace con estigmatización, desempleo e incompreensión³⁵².

En este orden de hechos, con respecto al primer rol desempeñado por la sociedad como productora de delincuencia, como explican RODRÍGUEZ ALONSO y RODRÍGUEZ AVILÉS, mientras existan altas tasas de marginación social, alto porcentaje de paro, alto tráfico y consumo de drogas, y un afán desmesurado de enriquecimiento injusto, resultaría sarcástico afirmar que el panorama que se proporciona a los internos liberados resultaría favorable para que pudieran reinsertarse plenamente en la sociedad³⁵³.

En esta línea, son posiciones críticas como el *labelling approach* o teoría del etiquetamiento, el psicoanálisis y la criminología crítica, las que han cuestionado a la reinserción social desde este punto de vista. Así, todas estas teorías concuerdan en que lo

³⁵¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho penitenciario, op cit*, p.52; ZAPICO BARBEITO, M., ¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE, *op cit*, p.940; MIR PUIG, S., et al., *Política criminal y reforma del Derecho Penal*, Temis, 1982, p.134; MATELLANES RODRÍGUEZ, N., Los fines de la pena, en DÍAZ SANTOS, D y FABIÁN CAPARRÓS, E.A., *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito, op cit*, p.24.

³⁵² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Manual de derecho penitenciario*, Cóllex, 2001, p. 64; HASSEMER, W y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal, op cit*, p.174; GARCÍA PABLOS, A., *Derecho Penal. Introducción, op cit*, p.102; BONAL, R., La situación social del exrecluso. Problemática de la reinserción, en *III Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Consejería de Andalucía, 1987, p.319; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., La supuesta función resocializadora del Derecho Penal, *op cit*, p.679; GARCÍA PABLOS, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas, op cit*, p.288; LAMARCA PÉREZ, C., Régimen penitenciario y derechos fundamentales, en *Estudios penales y criminológicos*, nº16, 1992, p.217.

³⁵³ RODRÍGUEZ ALONSO, A y RODRÍGUEZ AVILÉS, AJ., *Lecciones de derecho penitenciario, op cit*, p. 260.

que hay que cambiar no es al delincuente, sino a la propia sociedad, ya que es el principal foco de creación de delincuencia.

En este sentido, más concretamente como expone MIR PUIG, la teoría del etiquetamiento o *labeling approach* considera que la criminalidad no tiene su origen en determinadas características del infractor, sino que el delito sería el producto de un etiquetamiento social, “*un etiquetamiento que determinadas instancias criminalizadoras asignan a través de los procesos de criminalización a conductas en sí mismas neutras*”³⁵⁴.

En este sentido, también habría que tener en cuenta que en muchas ocasiones la sociedad produce crimen debido a una falta de identidad entre quien crea la norma y quien debe acatarla, identidad que, en palabras de MIR PUIG, resulta presupuesto fundamental para conseguir esa resocialización, y es que, como apunta el citado autor, en cualquier sociedad que se considere pluralista y democrática, hay una diversidad de conjuntos normativos vigentes al mismo tiempo, lo que provoca que surjan conflictos inevitables en las relaciones individuo-sociedad³⁵⁵.

Por otro lado, para explicar esta creación de delincuencia, autores como PEÑAS ROLDÁN ponen el ojo clínico en los cambios sociales producidos a lo largo de la historia de la sociedad. Así, dicho autor considera que “*una sociedad basada en un individualismo atroz, en el endiosamiento del “Conde” de turno, en la hipervaloración de lo material frente a todo tipo de ética solidaria y de igualdad, jamás podrá estar legitimada para reinsertar a nadie*”³⁵⁶.

Con respecto al segundo papel negativo que juega la sociedad en la reintegración del individuo que ha pasado por prisión, como expone SERRANO GÓMEZ, la labor resocializadora que se realiza en la prisión requiere de un apoyo externo que la sociedad suele negar, ya que ésta hace al interno un vacío que resulta muy difícil de superar. En este sentido, quien estuvo en prisión tendrá muchas dificultades para encontrar trabajo, por lo que a veces tiene que recurrir al delito para poder subsistir. Los adultos, en muchas ocasiones no suelen ser apoyados ni por la propia familia dado que los padres son viejos o han fallecido. Incluso los internos casados pueden tener problemas, especialmente si la

³⁵⁴ MIR PUIG, S., *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, op cit, p.144.

³⁵⁵ MIR PUIG, S, et al., *Política Criminal y reforma del Derecho Penal*, op cit, p.137; GARCÍA PABLOS, A., *Derecho Penal. Introducción*, op cit, p.101; BUSTOS RAMÍREZ, B., *Derecho Penal y control social*, op cit, p.106.

³⁵⁶ PEÑAS ROLDÁN, F., *Resocialización. Un problema de todos*, op cit, p.488.

madre se ha erigido en cabeza de familia, o a los hijos no siempre les agrada ver al padre³⁵⁷.

En este sentido, desde la doctrina se ha afirmado que se deberían fomentar en mayor medida las acciones dirigidas a hacer más idóneas las condiciones existentes en la familia, en el ambiente y en la estructura de las relaciones sociales a las cuales el detenido regresa³⁵⁸.

Con acierto, HASSEMER y MUÑOZ CONDE afirman que lo más razonable que se le puede ofrecer a un infractor que tras el cumplimiento de su pena de prisión, pasa a integrarse en la sociedad, es ayuda para que la misma vuelva a efectuarse. Además, apuntan, esto resulta útil tanto para la sociedad, porque se reduce la reincidencia, como para el propio infractor que puede vivir en libertad sin que el delito cometido y la pena que acaba de cumplir lo aparten definitivamente de una convivencia social normal en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos³⁵⁹.

En definitiva, hablar de reinserción social del infractor, sin cuestionarse primero el conjunto normativo al que se pretende incorporarlo, significa aceptar como perfecto el orden social vigente sin cuestionar ninguna de las estructuras, ni siquiera las que mantengan unos lazos más estrechos con el delito cometido³⁶⁰.

III.2) Ausencia de delimitación de la reinserción social en la CE.

En anteriores epígrafes hemos podido comprobar cómo el TC se ha mantenido firme en su línea de considerar a la reinserción social como un mandato que va a orientar la política penal y penitenciaria, así como la actividad de los poderes públicos con competencias en la imposición y ejecución de las penas, y no como un derecho subjetivo³⁶¹.

³⁵⁷ SERRANO GÓMEZ, A., Temas de Derecho Penal en la nueva Constitución, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TR., *Lecturas sobre la Constitución Española*, Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1978, p.71.

³⁵⁸ BARATTA, A., Cárcel y Estado social. Por un concepto de reintegración social del condenado, en OLIVAS, E., *Problemas de legitimación en el Estado social*, op cit, p.143.

³⁵⁹ HASSEMER, W y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la criminología y a la Política Criminal*, op cit, p.172.

³⁶⁰ MIR PUIG, S, et al., *Política criminal y reforma penal*, op cit, p.136; HASSEMER, W y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la criminología y a la política criminal*, op cit, p.176.

³⁶¹ En este sentido véanse, entre otros: Auto del Tribunal Constitucional 15/1989, de 11 de enero de 1984, FJ único; Auto del Tribunal Constitucional 739/1986, de 24 de septiembre, FJ3; Auto del Tribunal Constitucional 1112/1988, de 10 de octubre, FJ1; STC 28/1988, de 23 de febrero de 1988. FJ3, Magistrado Ponente D. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE; STC 150/1991, de 4 de julio de 1991. FJ4, Magistrado Ponente D. LUIS LÓPEZ GUERRA; STC 2/1997, de 13 de enero de 1997. FJ3, Magistrado Ponente D. JULIO DIEGO GONZÁLEZ CAMPOS; STC 81/1997, de 22 de abril de 1997, FJ1, Magistrado Ponente

A nuestro juicio, en primer lugar, el empleo de vocablos como “estarán orientadas” no hace sino incrementar la oscuridad del concepto de reinserción social y sus efectos, dado que no se hace un reconocimiento explícito en el texto constitucional sobre lo que va a implicar dicha orientación. *A priori*, el precepto no es literalmente suficiente en cuanto a los efectos que despliega. Ha sido el TC quien ha ido perfilando el contenido del artículo a través de la casuística a la que ha tenido que ir enfrentándose.

Así, al considerar que la reinserción social no es un derecho subjetivo del interno, cabe indicar que esta locución “estarán orientadas” no va a proteger al reo que tenga que ingresar en prisión después de que hayan pasado varios años desde la comisión de un delito, ya que el TC ha sostenido que la reinserción social no es la única finalidad de las penas. Además, al no ser reconocido como un derecho subjetivo no existirá la posibilidad de reclamar una protección directa del mismo a través del recurso de amparo, lo cual, deja desprotegida a la reinserción social en este aspecto.

El segundo problema que plantea el artículo 25.2 CE es que, al hablar de reeducación y reinserción social no ofrece ninguna definición de ambos conceptos, por lo tanto, su delimitación habrá de hacerse por la vía de la interpretación.

En tercer lugar, el uso de la locución “estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social” presenta cierta ambigüedad puesto que la lectura del precepto no permite saber con claridad si el legislador constituyente quiere caracterizar o no a la reinserción social como fin exclusivo de las penas privativas de libertad o si bien dicha redacción abarcaría otros fines como la prevención general, la custodia de internos, etc³⁶².

En líneas generales, podemos aseverar que al hablar de reinserción social aludimos a un concepto de vital importancia que debería quedar perfectamente delimitado en el texto constitucional que le dio la vida y no mediante una interpretación del TC, y en un segundo plano, de la jurisprudencia del TS.

III.3) Las consecuencias de la pérdida de credibilidad de la reinserción social y de la ausencia de delimitación de la misma en la CE

A nuestro juicio, el hecho de que la naturaleza jurídica de la reinserción social no quede perfectamente delimitada en la CE siembra confusión en el rol del legislador, así

D. VICENTE GIMENO SENDRA; STC 8/2001, de 15 de enero de 2001. FJ1, Magistrado Ponente D. MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA; STC 79/1988, de 1 de abril. FJ4, Magistrado Ponente D. PABLO GARCÍA MANZANO.

³⁶² *Ibidem*, p. 922.

como en el del resto de los operadores jurídicos, que en ocasiones elaborarán leyes que provocarán una involución del Derecho penal hacia un sistema más centrado en la retribución, o en otras finalidades de la pena que en la reinserción social, con la consecuencia de que los operadores jurídicos que se erigen en brazo ejecutor de la ley dictarán pronunciamientos que no tendrán suficientemente en cuenta a la prevención especial positiva³⁶³.

Si a esto le unimos la pérdida de credibilidad que ha sufrido el pensamiento resocializador a base de restar importancia a la prevención especial positiva como finalidad a conseguir con la pena, hecho que va de la mano de diversas circunstancias, como la pérdida de una total desconfianza hacia el medio penitenciario como engranaje rehabilitador, el límite que presentan a la reinserción social determinado tipo de internos, o el rol que juega la sociedad que recibe al individuo que ya ha cumplido condena, nos encontraremos cada vez más con sistemas penales y penitenciarios más centrados en otras finalidades de la pena como la prevención general, la custodia, o la propia retribución, que en la prevención especial positiva.

Prueba de estas dos aseveraciones, la constituye, entre otras, la reforma que se hizo del CP en el año 2003, y a la que ya se ha aludido anteriormente, que, en opinión de TÉLLEZ AGUILERA, constituyó una manifestación radical del Derecho penal del enemigo³⁶⁴.

No cabe duda de que este elenco de consecuencias va a repercutir no sólo en todos los individuos que cometan una conducta delictiva, sino en todos los internos que se encuentren cumpliendo una condena en un centro penitenciario español, entre ellos los extranjeros.

³⁶³ En este sentido lo apunta MUÑOZ CONDE cuando afirma que la indeterminación del concepto de resocialización impide su control racional y su análisis crítico. Véase en MUÑOZ CONDE, F., La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito, en MIR PUIG, S et al., *Política criminal y reforma del Derecho Penal*, op cit, p.134.

³⁶⁴ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, op cit, p. 53.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO IV. LA EVOLUCIÓN LEGAL DE LA EXPULSIÓN EN EL ÁMBITO PENAL ESPAÑOL

IV.1) La expulsión penal de los extranjeros y el artículo 89 del CP

La expulsión de extranjeros en el ámbito penal no cuenta con una tradición histórica excesivamente amplia en España, encontrándose los antecedentes más remotos en la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación social³⁶⁵.

Como señalaban, entre otros, SALVADOR CONCEPCIÓN, se trataba de una medida que, según el TS, aunque no venía establecida en la ley como una pena y sí como una medida de seguridad, desplegaría unos efectos similares, aunque multiplicados en su dimensión, a los de la pena consistentes en la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, en este caso, referidos a la totalidad del territorio nacional.

En cualquier caso, la expulsión penal de extranjeros es una consecuencia derivada de la comisión de un delito que implica una restricción de los derechos del condenado, aunque con efectos diferentes a los de una pena privativa de libertad, y que fue introducida por la LOEx de 1985³⁶⁶. En este sentido, el entonces artículo 21.2 párrafo segundo de dicha ley rezaba que si un extranjero era condenado por un delito menos grave y en sentencia firme, el juez o tribunal podrían acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión

³⁶⁵ FLORES MENDOZA, F., La expulsión del extranjero en el Código Penal español, en *Anales de la Facultad de Derecho*, nº18, 2001, p. 312. En efecto, la expulsión penal de extranjeros se recogía en el artículo 5 de la citada ley, precepto que establecía la expulsión como una medida de seguridad. Además, se establecía que el sujeto a esta medida de seguridad no podrá volver a entrar en España hasta que transcurrieran cinco años. En este epígrafe hemos hecho referencia a la expulsión penal. La expulsión de cariz administrativo si ha sido una medida adoptada por muy diversos textos legales, tales como: Decreto de extranjería de 17 de noviembre de 1852, que recogía la expulsión de los extranjeros indocumentados, de los vagos y de los que huyen de la justicia; Ley de Asilo Territorial de 4 de diciembre de 1855, que daba luz verde al gobierno para expulsar a los extranjeros que abusando del refugio otorgado conspirasen contra la Seguridad del Estado o contra la tranquilidad pública; Las Reales Órdenes de 28 de abril de 1852, de 14 de enero de 1853 y 12 de junio de 1858; Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933, que autorizaba la expulsión del territorio español, previa declaración de indeseables, de los extranjeros no establecidos, cuando no hubieren cumplido los requisitos que para permanecer allí señalaran las leyes de policía; Ley de Vagos y Maleantes de 1933; Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, entre otras. Véase en MONCLÚS MASÓ, M., *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, Colección Tesis Doctoral, 2005, pp. 408 y 409.

³⁶⁶ SALVADOR CONCEPCIÓN, R., La expulsión del extranjero como castigo penal, en *Revista Internacional de estudios migratorios*, nº006, 2012, p. 96. En esta línea, MARTÍNEZ PARDO, V., La expulsión de los extranjeros como sustitutiva de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad, en *Revista del Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències penals de la UV*, 2012, p. 30.

del territorio nacional como una sustitución de las penas que les fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir la pena que le fuere impuesta si regresara a España³⁶⁷.

En esta tesitura, fue el CP de 1995 el que incorporó la expulsión de los extranjeros infractores y residentes irregulares en España al acervo punitivo español a través del artículo 89 CP³⁶⁸, derogando así la disposición contenida en el artículo 21.2.2 de la LOEx de 1985.

En este orden de hechos, dicha disposición regulaba la posibilidad de expulsar a un extranjero en situación administrativa irregular de residencia en España al que se le hubiera impuesto una pena privativa de libertad inferior a seis años en vez de cumplir la misma en España. Resulta oportuno aclarar que la expulsión no solamente conllevaba el alejamiento del territorio español sino del territorio Schengen por aplicación del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen de 16 de junio de 1990³⁶⁹.

En esta línea, conviene observar que el ámbito de aplicación subjetivo se limitó a los extranjeros en situación administrativa irregular, mientras que el precedente del artículo 89 CP en la LOEx de 1985 era aplicable tanto a los extranjeros en situación irregular como a los que tuvieran residencia legal en España³⁷⁰.

Tal y como expone CORDERO LOZANO, este precepto se valía de un concepto normativo de índole administrativa para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de la expulsión sustitutiva, ya que se refería al “extranjero no residente legalmente en España”. Conforme a la LOEx, son extranjeros irregulares los que se encuentran en situación de estancia irregular. Solamente quedaban excluidos de la posibilidad de expulsión sustitutiva los nacionales, los extranjeros que se encontraran en situación de residencia temporal o de larga duración, y los comunitarios³⁷¹, que, como indican FERRER PUIG y CAPDEVILA CAPDEVILA, tienen su régimen jurídico regulado en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de

³⁶⁷ BACIGALUPO, S y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal y política transnacional*, op cit, p.384.

³⁶⁸ GARCÍA CONLLEDO, M., *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 609.

³⁶⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, op cit, p. 675; LEGANÉS GÓMEZ, S., La expulsión de los penados extranjeros, en *La Ley Penal*, nº91, 2012, p. 8.

³⁷⁰ MONCLÚS MASÓ, M., *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, op cit, p. 429; RODRÍGUEZ CANDELA, JL., La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal, en *Jueces para la democracia*, nº33, 1998, p. 4.

³⁷¹ CORDERO LOZANO, C., *Expulsión, devolución y retorno de los extranjeros*, Bosch, 2011, p.58.

ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo³⁷², y, por tanto, quedaban excluidos del ámbito de aplicación de la LOEx.

Por otra parte, existía la posibilidad de sustituir cualquier pena privativa de libertad, esto es, prisión, arresto de fin de semana, arresto sustitutorio, y responsabilidad personal subsidiaria³⁷³.

A pesar de que dicho precepto giraba en torno a la idea de exclusión del extranjero infractor, a nuestro juicio establecía un punto a favor de la reinserción social del mismo a través del reconocimiento explícito de la audiencia previa del interesado como elemento fundamental para dilucidar sobre la expulsión en cuestión, lo que permitiría conocer las circunstancias personales del penado extranjero. En efecto, por imposición del artículo 89 CP, una audiencia estrictamente personal al extranjero sería obligatoria antes de resolver sobre la adopción de esta medida, audiencia que se sustanciaría mediante su comparecencia ante el órgano judicial correspondiente³⁷⁴.

En el marco de la observación anterior, resulta necesario destacar el papel protector de dicho trámite que jugaron tanto el TS como el TC. Por su parte, el TS abogaba por la protección de esta audiencia reconociendo que no era suficiente el acto de la última palabra a tales efectos³⁷⁵. En idéntico sentido, se pronunciaba también el TC incluso antes de la entrada en vigor de la reforma del año 1995 al apuntalar que:

“es preciso que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, art. 39.1 C.E.), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la Ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión. Para lograr esta adecuada ponderación, y la salvaguarda de valores relevantes que puedan estar en juego, la audiencia del extranjero potencialmente sometido a la medida de expulsión resulta fundamental, y en

³⁷² FERRER PUIG, M y CAPDEVILA CAPDEVILA, M., *Extranjeros en centros penitenciarios: justicia y sociedad*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2012, p.38.

³⁷³ DE LAMO RUBIO, J., *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, op cit, p. 487.

³⁷⁴ AYO FERNÁNDEZ, M., *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias. Manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito*, op cit, p. 131.

³⁷⁵ STS, Sala Segunda de lo Penal de 21 de enero de 2002, Fundamento de Derecho segundo, Ponente D. GREGORIO GARCÍA ANCOS; STS, Sala Segunda de lo Penal de 3 de marzo de 1998, Fundamento de Derecho Tercero, Ponente D. LUIS ROMÁN PUERTA LUIS.

estos términos ha de entenderse recogida en el art. 21.2 de la L.O. 7/1985, pues sólo con ella es posible exponer, discutir y analizar el conjunto de circunstancias en que la expulsión ha de producirse. Por esa razón se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita. Es preciso comprobar si, además de ello, se le ofreció una oportunidad adecuada de exponer sus razones en favor o en contra de la expulsión, lo que otorga al derecho de audiencia una extensión material que sobrepasa el marco del art. 24 CE”³⁷⁶.

De esta suerte, se establecía que los jueces y tribunales, a instancia del MF podrían acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a una pena de prisión igual o superior a seis años, siempre y cuando el mismo hubiera cumplido las tres cuartas partes de la condena, siendo en ambos casos totalmente necesario oír previamente al penado³⁷⁷.

En esta línea, junto con la expulsión, se imponía una prohibición de regreso a España durante un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión y atendida la duración de la pena impuesta.

Para concluir, se incluía en la redacción la posibilidad de volver a expulsar al extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión cuando el mismo fuera sorprendido en la frontera. Esta expulsión la llevaría a cabo la autoridad gubernativa.

IV.2) La reforma del artículo 89 tras la LO 8/2000

La primera modificación del artículo 89 fue realizada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de reforma de la LOEx. Concretamente, como indica BOZA MARTÍNEZ, en su Disposición Adicional segunda se añadió un nuevo párrafo al artículo 89 CP donde se disponía que se excluiría la posibilidad de sustitución de las penas de prisión a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de los delitos a los que se refieren los artículos 312 (delitos de tráfico ilegal de mano de obra y sometimiento a condiciones inhumanas de trabajo), 318bis (delito de tráfico clandestino e ilegal de inmigrantes), 515.6 (delito de asociación ilícita para el tráfico ilegal de

³⁷⁶ STC 242/1994, de 20 de julio de 1994. FJ 6, Magistrado Ponente D. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE.

³⁷⁷ PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, 2009, p. 353.

personas), 517 (referente a los fundadores, presidentes, directores y miembros activos de cualquier clase de asociación ilícita punible, con excepción de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas), y 518 (delito de ser colaborador económico y cooperador de todo tipo de las asociaciones ilícitas punibles de cualquier clase, con excepción de bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas) del CP. En todos los casos se trataba de delitos relacionados con la promoción o el favorecimiento de la inmigración ilegal³⁷⁸. No se incluyeron en esa lista los delitos del artículo 313 que eran estructuralmente idénticos a los de los artículos 312 y 318 bis, decisión que fue doctrinalmente cuestionada³⁷⁹.

En esta tesitura, en caso de que el extranjero hubiera sido condenado por los delitos tipificados en los artículos 312, 318bis, 515.6, 517 y 518 del CP, se le aplicaría el régimen de expulsión previsto en el artículo 57.8 LOEx, precepto que establecía que cuando los extranjeros, residentes o no, hubieran sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318bis, 515.6, 517 y 518 del CP, la expulsión se llevaría a cabo una vez cumplida la pena privativa de libertad. Dicho de otro modo, en estos supuestos la expulsión tendría carácter complementario a la pena de prisión³⁸⁰.

Como explica MUÑOZ LORENTE, esta regulación buscaba evitar la continuidad delictiva de sus autores, así como la disuasión de otros potenciales autores; continuidad delictiva que seguramente se produciría si la pena privativa de libertad impuesta como consecuencia de la realización de alguna de las conductas anteriormente mencionada se sustituyese por la expulsión del territorio nacional. El referenciado autor alude al ejemplo de los patrones de las “pateras”, a quienes tras la condena se les sustituyese la pena de prisión por la expulsión. En este caso, argumenta el referenciado autor, la continuidad delictiva sería casi segura -al día siguiente de la expulsión podrían seguir patroneando nuevas embarcaciones y el efecto criminógeno respecto a otros delincuentes sería claro, puesto que se les estaría enviando el mensaje de que patronear pateras no es delictivo en nuestro país, o si lo es, no tiene ningún tipo de consecuencia penal salvo la de ser

³⁷⁸ BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Thomson Reuters, 2016, p.240.

³⁷⁹ En este sentido, BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89*, *op cit*, p. 241; NAVARRO CARDOSO, F., Expulsión penal de extranjeros: una simbiosis de derecho penal simbólico y derecho penal de enemigo, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº17, 2006, p. 158; TERRADILLOS BASOCO, JM., Reflexiones y propuestas sobre inmigración, en *Indret. Revista para el análisis del derecho*, nº1, 2010, p.7.

³⁸⁰ SERRANO BUTRAGUEÑO, I., De las penas, en DEL MORAL GARCÍA, A y SERRANO BUTRAGUEÑO, I (coords.), *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Comares, 2002, p. 1032.

repatriado, que, como podrá entenderse, no se percibe por tales infractores como un mal³⁸¹.

Tal y como exponen, entre otros, BOZA MARTÍNEZ, a través de esta reforma se ponía de manifiesto la preocupación del legislador por una de las cuestiones que habían suscitado mayores críticas al artículo 89 CP: su ambivalencia. Ciertamente, la expulsión sustitutiva de la pena privativa de libertad podía resultar muy desproporcionada y gravosa para personas con vínculos personales y familiares en España, mientras que podía tener efectos criminógenos para otro grupo de infractores como los anteriormente indicados³⁸².

Por tanto, el legislador prefirió en estos casos otorgar la preferencia al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, evitando así que los extranjeros vinculados con este tipo de delitos pudieran resultar beneficiados por la expulsión³⁸³.

IV.3) Modificaciones introducidas tras la reforma de la Ley Orgánica 11/2003

La segunda modificación que se realizó en el artículo 89 trajo causa de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Si bien la introducción del artículo 89 en el CP había suscitado cierta controversia en la doctrina en torno a su alejamiento de la función preventivo especial positiva de las penas, la reforma que se realizó en 2003 suscitó una gran polémica dentro de la doctrina respecto del tratamiento que la misma hacía de la reinserción social de los transgresores extranjeros.

En este sentido, la Exposición de Motivos de la LO 11/2003 ya constituía toda una declaración de intenciones al establecer que entre sus objetivos pretendía “*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*

³⁸¹ MUÑOZ LORENTE, J., La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº extraordinario 2, 2004, p.424. En el mismo sentido lo indican, entre otros, autores como BOZA MARTÍNEZ O DURÁN SECO. Véanse: BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, op cit, p.241; DURÁN SECO, I., Planteamiento de la cuestión y sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº15, 2005, p.316.

³⁸² BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, op cit, p.240. Esta ambivalencia de la que habla BOZA MARTÍNEZ también es puesta de manifiesto, entre otros, por MARTÍNEZ ESCAMILLA. Véase en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?*, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, nº3, 2009, p.20.

³⁸³ TOMÉ GARCÍA, J., *Intervención del Juez Penal en la expulsión de extranjeros*, Cóllex, 2006, p. 172.

y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto”.

Tales fueron los ataques realizados hacia la reinserción social de los infractores extranjeros por parte de esta nueva versión del artículo 89 CP, que desde la doctrina se aconsejaba su inclusión en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2006³⁸⁴.

En esta línea, esta reforma buscó ampliar la eficacia de la expulsión penal de extranjeros en todas sus vertientes³⁸⁵. Así, entre las modificaciones que llevó a cabo esta reforma se encontraban las siguientes: La exclusión radical, para todos los delitos, de los mecanismos de sustitución previstos en los artículos 80, 87 y 88 CP; el acceso al tercer grado penitenciario como vía de expulsión; y, sobre todo, el automatismo de la sustitución, que sólo cedería en el caso de que la naturaleza del delito justificara el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario español³⁸⁶. Todas estas modificaciones serán analizadas a continuación.

IV.3.1) La exclusión de los mecanismos sustitutivos previstos en el CP

En primer lugar, una de las novedades que dicha reforma introdujo fue la exclusión de la posibilidad de que los foráneos infractores pudieran eludir la expulsión a través del acceso a los mecanismos sustitutivos contemplados en los artículos 80 (suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad), 87 (suspensión de la pena privativa de libertad en los supuestos de drogadicción y alcoholismo) y 88 (sustitución de las penas privativas de libertad por otras medidas) CP³⁸⁷, de forma que no sería posible aplicar a los extranjeros en situación irregular que hubieran delinquirado ninguna otra forma de sustitución de la pena privativa de libertad distinta a la expulsión³⁸⁸.

³⁸⁴ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., Política migratoria y Derecho: Análisis y juicio crítico de una relación perversa, en SANZ MULAS, N., *El Derecho Penal y la nueva sociedad*, Comares, 2007, p. 148.

³⁸⁵ TORRES FERNÁNDEZ, ME., La expulsión de extranjeros condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años. Comentario de la STS de 8 de julio de 2004 a propósito de la reforma operada por la LO 11/2003, en *Revista del Poder Judicial*, nº76, 2004, p. 233.

³⁸⁶ CANCIO MELIÁ, M., La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal, en *Ilecip.Rev.*, nº002-04, 2007, p. 14.

³⁸⁷ CANCIO MELIÁ, M y MARAVER GÓMEZ, M., El derecho penal ante la inmigración. Un estudio político criminal, en BACIGALUPO, S y CANCIO MELIÁ, M (coords)., *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, 2005 p. 391; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, op cit, p. 675; MONCLÚS MASÓ, M., *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, op cit, p. 431.

³⁸⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, op cit, p. 675.

No obstante, esta regulación planteaba dudas, dado que no establecía la posición que pasaban a ocupar los beneficios de la suspensión de la ejecución y de la sustitución en caso de que finalmente la expulsión no pudiera llevarse a cabo o no se acordara, puesto que, en el artículo 89 se establecía que “*en el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta, o del período de condena pendiente*”. Esto es, ¿se abría la posibilidad de suspender o sustituir la pena con arreglo a las reglas generales o prohibía el artículo 89 esta posibilidad?³⁸⁹.

En esta línea, la doctrina consideraba que, si por cualquier razón no era posible expulsar al extranjero, la pena inicial, en virtud del mismo artículo 89 CP, cobraba vigencia debiendo procederse a su ejecución con todas las consecuencias, lo que supondría que serían de aplicación todos los preceptos que rigieran en la materia, incluidos pues los que regulan su suspensión o sustitución por otras medidas³⁹⁰.

³⁸⁹ *Ibidem*, op cit, p. 676.

³⁹⁰ FERRER GUTIÉRREZ, A., *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario. Doctrina, jurisprudencia y formularios. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 216; JUANES PECES, A., *Código Penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, El Derecho, 2014, p. 669; SANZ MULAS, N., La pena privativa de libertad y sus alternativas, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo VI. Derecho Penitenciario*, Iustel, 2010, p. 31; PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, op cit, p. 380; LAFONT NICUESA, L., La sustitución judicial de las penas y medidas de seguridad por la expulsión, en LAFONT NICUESA (coord.), *Extranjería. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 214; MONCLÚS MASÓ, M., *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, op cit, p. 430; IGLESIAS SKULJ, A., Otras medidas alternativas a la privación de libertad, en FARALDO CABANA, P y PUENTE ABA, L., *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 448; MARTÍNEZ PARDO, VJ., La expulsión de los extranjeros como sustitutiva de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad, en *Recrim*, nº029-051, p. 48; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., Inmigración, derechos humanos y política criminal, ¿hasta dónde estamos dispuestos a llegar?, en *Indret. Revista para el análisis del derecho*, nº3, 2009, p. 23; MUÑOZ RUÍZ, J., La expulsión penal, nuevas tendencias legislativas, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº16-05, 2014, p. 35; MUÑOZ LORENTE, J., La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003, op cit, p. 62; MANZANARES SAMANIEGO, J., *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Comares, 2008, p. 97; ARMENDÁRIZ LEÓN, C., Alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad, en ARMENDÁRIZ LEÓN, C, GÓMEZ LANZ, J, BELTRÁN NÚÑEZ, A y OBREGÓN GARCÍA, A., *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, 2005, p. 134; DE LA ROSA CORTINA, JM., La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003, en *Diario La Ley*, nº6042, 2004, p. 6; ÚBEDA DE LOS COBOS, JJ., La modificación del régimen de expulsión de extranjeros como sustitutivo de la pena de prisión en la reforma del Código Penal, en *Diario La Ley*, nº6577, p. 6; ENCINAR DEL POZO, MA., Extranjeros en prisión: Valoración crítica del artículo 89.1 del Código Penal, en DE CASTRO, A y SEGOVIA BERNABÉ, JL., *El juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 297; RÍOS MARTÍN, JC., Las alternativas a la prisión, en ECHAVARRI GARCÍA, MA (dir.), *Las penas y las medidas de seguridad*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2007, p. 307.

Las circunstancias por las que la expulsión podía devenir inviable podían ser muy variadas, pudiendo citarse entre otras, el desconocimiento y la imposibilidad de conocer la nacionalidad de origen del inmigrante irregular, la no existencia de garantías del respeto de los derechos humanos en el país de origen, que el extranjero se encontrara en un estado de salud que impidiera proceder a su expulsión, exigencias estas dos últimas que derivaban de la corriente jurisprudencial del TEDH tal y como vimos anteriormente, inexistencia de convenios de repatriación y de colaboración, negativa expresa del país del inmigrante irregular a admitirlo, o, por último, falta de recursos materiales para llevar a cabo la ejecución de la expulsión³⁹¹.

Por su parte, el TC estableció en el fundamento jurídico segundo de su auto 132/2006, de 4 de abril, que

“el extranjero cuya expulsión no ha podido realizarse en el plazo máximo legal establecido tiene acceso, en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los artículos 80, 87 y 88 CP, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España. La finalidad de las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad es favorecer la reinserción y rehabilitación social de los penados con penas cortas privativas de libertad mediante su suspensión condicional o su sustitución por otras medidas distintas que eviten el eventual efecto desocializador que podría tener el efectivo ingreso en prisión durante un corto periodo de tiempo. Esta finalidad quedaría frustrada en el caso de entenderse que el penado extranjero no residente legalmente en España condenado a una pena corta privativa de libertad y cuya expulsión no resultara posible ejecutar se vería obligado indefectiblemente a ingresar en un centro penitenciario para cumplir dicha pena corta privativa de libertad sin posibilidad de que le fueran aplicados, si se cumplen los requisitos legales, los sustitutivos penales”.

³⁹¹ IGLESIAS SKULJ, A., Otras medidas alternativas a la privación de libertad, en FARALDO CABANA, P y PUENTE ABA, L., *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, op cit, p. 448.

En esta línea, también la Circular de la Fiscalía General del Estado (en adelante Circular FGE) 2/2006 consideró que la exclusión de la aplicación de los artículos 80, 87 y 88 CP sólo afectaba a los supuestos en los que se llevaba a efecto con éxito la expulsión. Si la misma resultaba frustrada, los fiscales tendrían que partir de que tales preceptos recobraban su aplicabilidad sin que por tanto se pudiera interpretar el inciso “*cumplimiento de la pena privativa de libertad*” como un inexorable ingreso en prisión. Cabría por tanto aplicar las disposiciones sobre sustitución y suspensión de la pena en los casos que fuera procedente³⁹².

A nuestro entender, siguiendo a RODRÍGUEZ YAGÜE, aunque esta solución apoyada tanto por la doctrina como por la FGE 2/2006 y el TC favorecía la reinserción social de los infractores extranjeros que no pudieran ser expulsados y que hubieran sido condenados a una corta pena privativa de libertad, pecaba de una lógica irracional, ya que se posibilitaría al extranjero infractor el acceso a figuras alternativas a la expulsión y a la prisión evidentemente de cariz resocializador una vez que se constatará que el mismo no podría ser expulsado, y no desde un primer momento en lugar de acordar la expulsión³⁹³.

IV.3.2) La introducción del acceso al tercer grado como vía de expulsión

En el segundo párrafo del artículo 89.1 CP se establecía que los jueces y tribunales, a instancia del MF, acordarían en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se accediera al tercer grado penitenciario, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, apreciaran que la naturaleza del delito justificaba el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Dicho de otro modo, la expulsión se acordaría en la misma sentencia y los efectos de tal pronunciamiento tendrían lugar cuando el penado extranjero accediera al tercer grado³⁹⁴.

La nueva redacción seguía manteniendo la posibilidad de expulsar una vez que el extranjero condenado había cumplido las tres cuartas partes de la pena. En esta tesitura,

³⁹² p.35.

³⁹³ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº14-07, 2012, p. 22.

³⁹⁴ ORTEGA MARTÍN, E., *Manual práctico de Derecho de Extranjería. Adaptado a la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, modificadora de la Ley de Extranjería, y a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo*, La Ley, 2010, p. 649.

tal y como explica CORDERO LOZANO, ahora existían dos modalidades de expulsión parcial.

Por un lado, la que operaba una vez se habían cumplido las tres cuartas partes de la condena independientemente del grado de clasificación alcanzado³⁹⁵, y, por otro, la que se relacionaba con la evolución favorable que el interno hubiera desarrollado dentro de la prisión, evolución que le habría llevado a ser clasificado en tercer grado, y, por lo tanto, a anticipar así la expulsión a un período previo a la extinción de las tres cuartas partes de la condena³⁹⁶.

Tal y como explica HERNANDO GALÁN, el tercer grado implica la posibilidad de cumplir las penas privativas de libertad como paso previo al retorno del interno a la sociedad, y es un instrumento imprescindible en un sistema penitenciario orientado hacia la resocialización, en la medida en la que permite la inserción social y laboral del sujeto en el medio libre³⁹⁷.

En esta línea, el artículo 83 RP recoge los objetivos que pretende conseguir el régimen abierto, siendo los mismos dos, potenciar las capacidades de inserción social positiva que presentan los penados clasificados en tercer grado, y llevar a cabo la cooperación necesaria para favorecer su incorporación progresiva en el medio social al que el mismo retorna. Para ello, dicho precepto recoge un elenco de principios: Atenuación de las medidas de control sin perjuicio de la realización de seguimientos y evaluaciones de las actividades desempeñadas por los internos dentro y fuera del establecimiento penitenciario; autoresponsabilidad estimulando a los internos en la participación de la organización de las actividades; normalización social e integración, facilitando al interno, siempre que sea posible, atención a través de los servicios generales de la comunidad para facilitar su participación plena y responsable en la vida familiar, social y laboral; Prevención para tratar de evitar la desestructuración familiar y social, y, por último, la coordinación con los organismos e instituciones públicas o privadas que actúen en la atención y reinserción de los reclusos, mediante la promoción de criterios comunes de actuación para conseguir su integración en la sociedad.

³⁹⁵ Sería aplicable tanto al que se mantiene en segundo grado, como al que regresa al primer grado, o al que se mantuviera en él, dado que el precepto no condicionaba la medida de efectividad al grado.

³⁹⁶ CORDERO LOZANO, C., *Ejecución penal*, Bosch, 2011, p.100.

³⁹⁷ HERNANDO GALÁN, MB., *Los extranjeros en el Derecho Penitenciario español*, Cóllex, 1997, p. 58.

En este sentido, desde un primer momento la doctrina fue crítica con la regulación que se hacía en el artículo 89 CP respecto del acceso al tercer grado como vía para expulsar al penado extranjero.

Así, tal y como expone MONCLÚS MASÓ, al utilizar la locución “acordarán” se convertía a la expulsión tras acceder al tercer grado en la regla general limitándose así la discrecionalidad de los jueces y tribunales³⁹⁸, conminándoseles a adoptar una medida que, en palabras de PUENTE SEGURA, en nada favorecía la reinserción social del migrante condenado³⁹⁹.

Debido a la obligatoriedad que constaba en el artículo 89 CP de expulsar al extranjero tras su acceso al tercer grado, no solamente se limitaba la discrecionalidad de los jueces y tribunales, sino que, al ser la Administración penitenciaria la encargada de otorgar el tercer grado se dejaba en última instancia en sus manos la determinación del momento exacto de la expulsión, desnaturalizando así el sistema de progresión penitenciaria e instrumentalizando el tercer grado en aras de facilitar no ya la reinserción ni la resocialización del extranjero, sino su expulsión⁴⁰⁰.

Además, tal y como expone el citado autor, no se trataba de que, habiéndose producido en el condenado extranjero los efectos positivos que el tratamiento penitenciario perseguía, lo que habría permitido alcanzar el tercer grado penitenciario, se resolviera sustituir en su beneficio; y ante el buen pronóstico de su vida futura el cumplimiento del resto de su pena privativa en libertad, sino que una vez cumplida una parte larga de la condena, se consideraba ya innecesario continuar con la ejecución efectiva de la misma sustituyéndose por la medida de expulsión del territorio nacional⁴⁰¹. Dicho de otro modo, como señala TORRES FERNÁNDEZ, se trataría de reemplazar por

³⁹⁸ MONCLÚS MASÓ, M., *La gestión penal de la inmigración. El nuevo recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, op cit, p. 435. En este sentido, tanto el primer párrafo como el segundo párrafo del primer apartado del artículo 89 elevaban a la categoría de principio general a la expulsión, tal y como se verá posteriormente al dedicar un epígrafe a la automaticidad de la expulsión que esta reforma instauró.

³⁹⁹ PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, op cit, p. 426; PRATS CANUT, M y TAMARIT SUMALLA, J., De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, en QUINTERO OLIVARES, G y MORALES PRATS, F (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Tomo I. Parte General*, Thomson Aranzadi, 2008, p. 663.

⁴⁰⁰ MARTÍNEZ PARDO, V., La expulsión de los extranjeros como sustitutiva de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad, op cit, p. 21; ARIAS SENSO, M., Expulsión de extranjeros condenados: Aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004, en *Diario La Ley*, nº6160, p. 7; LEGANÉS GÓMEZ, S., *La prisión abierta: Nuevo régimen jurídico*, Edisofer, 2013, p.311; LEGANÉS GÓMEZ, S., La expulsión de los penados extranjeros, en *La Ley Penal*, nº91, 2012, p. 12.

⁴⁰¹ MARTÍNEZ PARDO, V., La expulsión de los extranjeros como sustitutiva de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad, op cit, p. 426.

la expulsión a las formas atenuadas de cumplimiento de condena características de las fases más avanzadas de la ejecución penitenciaria, representadas por la clasificación en tercer grado y la libertad condicional⁴⁰², o como lo expone NIETO GARCÍA, “*de llevar a cabo una sustitución táctica del régimen de vida en semilibertad que representa el tercer grado*”⁴⁰³.

En este sentido, autores como PRAT WESTERLINDH definían al tercer grado como una libertad condicionada a la expulsión, ya que el artículo 90 CP precisaba que para la obtención de la libertad condicional constituía requisito imprescindible el haber cumplido las tres cuartas partes de la pena, el acceso al tercer grado y la buena conducta del penado. De esta forma, al empezar a cumplir la pena, el penado ya sabría que al llegar al tercer grado sería expulsado, a diferencia de los ciudadanos españoles que sí obtendrían el tercer grado⁴⁰⁴. Esto, bajo nuestro punto de vista, podría conllevar un esfuerzo por parte del penado que no querría ser expulsado en aras de no acceder al tercer grado, esfuerzo que quedaría materializado en réprobos conductas que le alejarían del espíritu resocializador que fundamenta dicha herramienta penitenciaria.

En esta línea crítica con el uso del tercer grado como un medio de expulsión se pronunció el TS considerando que se tornaba contradictorio y distorsionador que a un penado se le aplicara un tratamiento penitenciario que tenía por finalidad primordial su reinserción o rehabilitación social, para, a continuación, pasar a adoptar una medida de expulsión que no buscaba reintegrar al mismo en el ámbito social⁴⁰⁵.

En este orden de hechos, el artículo 89 CP exigía que la sustitución debería acordarse en el momento de la condena, esto es, en la sentencia condenatoria, para que se llevara a cabo su ejecución automática cuando se cumplieran los requisitos temporales o de grado de tratamiento penitenciario, significando dicha regulación que no se tendrían en cuenta circunstancias que pudieran sobrevenir con posterioridad durante la ejecución de la condena y que pudieran hacer aconsejable no sustituir la pena por la expulsión. En

⁴⁰² TORRES FERNÁNDEZ, ME., *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, La Ley, 2012, p. 85; SALVADOR CONCEPCIÓN, R., La expulsión del extranjero como castigo penal, en *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, vol2, nº006, 2012, p.98; MUÑOZ LORENTE, J., La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: El artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003, op cit, p. 435.

⁴⁰³ NIETO GARCÍA, AJ., El acceso al tercer grado penitenciario: ¿Teleológico o real?, en *Diario La Ley*, nº7737, 2011, p. 10.

⁴⁰⁴ PRAT WESTERLINDH, C., *Alternativas a la prisión: comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, 2004, p. 104.

⁴⁰⁵ STS, Sala Segunda de lo Penal de 28 de septiembre de 2009, Fundamento de Derecho Tercero, Ponente D. ALBERTO JORGE BARREIRO.

resumen, se pedía a los jueces y tribunales adoptar una decisión *profuturo* desconociendo si en el momento en que debiera ejecutarse la medida sería aconsejable⁴⁰⁶.

De esta guisa, también el TS se mostró crítico con dicha regulación al afirmar que, efectivamente, lo habitual entre la sentencia y el acceso del penado extranjero al tercer grado era que transcurrieran años de pena privativa de libertad y, que llegado el momento, ni el penado fuera ya la misma persona, ni tampoco sus circunstancias familiares, personales y sociales hubieran perdurado en el tiempo, no siendo por todo ello la fase de sentencia la más indicada para adoptar una medida que se aplicaría transcurridos unos años y cuando muy probablemente ya no estarían vigentes los datos objetivos que existían en el momento de acordarse la misma en sentencia⁴⁰⁷.

De esta suerte, al igual que ocurría en el supuesto de los sustitutivos penales de los artículos 80, 87 y 88, cabía preguntarse qué pasaba si finalmente la expulsión no podía llevarse a efecto. En este caso, la doctrina consideraba que al establecer el mismo artículo 89 que se cumpliría la pena privativa de libertad originariamente impuesta, los extranjeros tendrían la posibilidad de ser clasificados en tercer grado y por tanto pasar al régimen abierto⁴⁰⁸, concediéndose de esta forma un carácter residual al disfrute de instituciones ligadas a la consecución de la reinserción social.

En puridad, tal y como afirman autores como TORRES FERNÁNDEZ, a través de esta modificación se dotó a la regulación de la expulsión de la máxima amplitud posible, permitiendo que entrara en juego frente a cualquier pena de prisión, independientemente de su duración, siempre que se alcanzaran unos mínimos de cumplimiento penitenciario, dando así primacía al alejamiento del infractor extranjero e ignorando las posibilidades que el mismo tuviera de reinserción social en la sociedad española⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p.49; NAVARRO CARDOSO, F., Expulsión penal de extranjeros: Una simbiosis de Derecho Penal “simbólico” y Derecho Penal del “enemigo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología 2ª Época*, nº17, 2006, p.175; MANZANARES SAMANIEGO, J., *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, *op cit*, p.94.

⁴⁰⁷ STS, Sala Segunda de lo Penal, de 28 de septiembre de 2009, Fundamento de Derecho Tercero, Ponente ALBERTO JORGE BARREIRO.

⁴⁰⁸ LEGANÉS GÓMEZ, S., *La prisión abierta: Nuevo régimen jurídico*, *op cit*, p. 313; LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión: Nuevo régimen jurídico*, Dykinson, 2009, p. 536.

⁴⁰⁹ TORRES FERNÁNDEZ, ME., *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, *op cit*, p. 87; GUIASOLA LERMA, C., Consideraciones político-criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº1137-7550, 2010, p. 13; GUIASOLA LERMA, C., Reformas penales y tendencias político-criminales en materia de inmigración, en *La Ley Penal*, nº67, 2010, p. 41; PRAT WESTERLINDH, C., *Alternativas a la prisión: comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, *op cit*, p.

IV.3.3) La aplicación automática de la expulsión

A nuestro juicio, de todas las novedades que introdujo el legislador con esta reforma, automatizar la expulsión fue la que más denotaba su distanciamiento de la finalidad preventivo especial positiva de las penas.

En efecto, la imposición automática de la expulsión se manifestó en el nuevo artículo 89 CP a través de dos aspectos. Por un lado, se sustituyó la locución “podrán ser sustituidas por su expulsión”, expresión vigente en la versión del artículo 89 del CP de 1995, por “serán sustituidas”, elevándose así la expulsión a la categoría de principio general e imperativo para el juzgador⁴¹⁰, que debería acordarla en la propia sentencia⁴¹¹, con el único límite de que la naturaleza del delito justificara el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español, posibilidad ésta configurada como excepcional⁴¹².

En este sentido, autores como BRANDÁRIZ GARCÍA consideraban que el hecho de que la naturaleza del delito fuera la única circunstancia para cumplir la pena en un centro penitenciario español constituía un criterio claramente centrado en la función preventivo-general de las penas y no en la preventivo-especial positiva⁴¹³.

Además, si bien la naturaleza del delito se convertía en la única circunstancia que permitía cumplir la pena en España, en el texto, más allá de la genérica alusión a la naturaleza del delito no se establecían los presupuestos que darían lugar a la aplicación de esa excepción⁴¹⁴.

104; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, DURÁN AYAGO, A y CARRILLO CARRILLO, B., *Curso de nacionalidad y extranjería*, Cóllez, 2007, p. 413; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, A., Inmigrantes cumpliendo condena: un recorrido real por un tratamiento inventado, en *Diario La Ley*, nº7616, 2011, p. 2.

⁴¹⁰ PAZ RUBIO, JM., Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional. Análisis del STS 2º. De 8 de julio de 2004, en *La Ley Penal*, nº10, 2004, p. 81; PRAT WESTERLINDH, C., *Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, op cit, p. 94; MAYORDOMO RODRIGO, V., *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*, Iustel, 2008, p. 195.

⁴¹¹ Véanse: STS, Sala Segunda de lo Penal, de 22 de abril del 2005, Fundamento de derecho segundo, Ponente D. ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA y STS, Sala Segunda de lo Penal, de 28 de octubre de 2004, Fundamento de derecho primero, Ponente D. DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO, entre otras.

⁴¹² RUÍZ GALLEGOS, M., *Inmigración, Estado y Derecho*, Bosch, 2008, p. 846; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Atelier, 2007, p. 32.

⁴¹³ BRANDÁRIZ GARCÍA, J., *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*, Comares, 2011, p. 162; TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, op cit, p. 184; MUÑOZ LORENTE, J., La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: El artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003, op cit, p. 456.

⁴¹⁴ ARMENDÁRIZ LEÓN, C., Alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad, en ARMENDÁRIZ LEÓN, C, GÓMEZ LANZ, J, BELTRÁN NÚÑEZ, A y OBREGÓN GARCÍA, A., *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*, Bosch, 2005, p. 133.

Por otro lado, esta automaticidad no solamente resultó dañada por el cambio producido en la sintaxis de la redacción, sino porque, además, se suprimió el requisito de la audiencia previa al penado antes de acordar la expulsión, al contrario de lo dispuesto en el artículo 89 del CP de 1995 donde la audiencia previa del penado extranjero era un requisito fundamental para poder acordar la misma. Esto suponía que no se podría realizar una evaluación de la expulsión acorde a la consecución de la prevención especial positiva, dado que las circunstancias personales y familiares del penado extranjero nunca se conocerían⁴¹⁵.

En esta línea, desde la doctrina se mantuvo una postura muy crítica, ya que al no conocer las circunstancias personales del penado no podría saberse si la expulsión resultaba preferible a la prisión para evitar su recaída, o hasta qué punto la prisión podría desencadenar sobre el condenado extranjero un efecto desocializador.

En efecto, circunstancias como el tipo de delito que hubiera cometido, las conexiones con redes organizadas, o la vulnerabilidad para ser captado por éstas podían hacer preferible evitar el ingreso en prisión, o, al contrario, la prisión podría constituir la ocasión para acceder a una formación y aprendizaje que le situaran en una mejor posición⁴¹⁶.

Por un lado, la exigencia de audiencia al reo podía suponer eludir la expulsión si el juez o tribunal atendía a las alegaciones del infractor extranjero que no quería la misma. En este sentido, tal y como afirma MUÑOZ LORENTE, con la eliminación de dicho trámite se pretendía evitar que el juez o tribunal escuchase al reo extranjero y que adoptase la expulsión automáticamente⁴¹⁷.

En esta línea, tal y como estableció el TS, la valoración de las circunstancias personales del extranjero infractor resultaba totalmente necesaria y podría poner fin a su expulsión, presentando dicha calibración una especial importancia con respecto a extranjeros condenados a penas inferiores a dos años, al encontrarnos en un tramo donde

⁴¹⁵ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, 2010, p. 239.

⁴¹⁶ ASÚA BATARRITA, A., 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 LAURENZO COPELLO, P., *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, 2002, p. 80.

⁴¹⁷ MUÑOZ LORENTE, J., La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: El artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003, op cit, p. 431.

el CP prioriza la reinserción social del penado a través de la suspensión de la condena y de los sustitutivos penales⁴¹⁸.

Por otro lado, dándole una audiencia previa al extranjero, se podría conocer su realidad y adoptar la decisión más adecuada de cara a su reinserción social, decisión que bien podría pasar por la expulsión, ya que pueden presentarse situaciones en las que una expulsión a su país de origen pueda ser más favorable que el cumplimiento de la pena de prisión en España. En efecto, tal y como indica DE MARCOS MADRUGA, hay extranjeros en prisión que presentan ciertas dificultades a la hora de abordar su tratamiento: Estas son: de cariz idiomático que dificultan o incluso imposibilitan tareas tan elementales como la valoración psicosocial o el desarrollo de programas que requieren una comunicación fluida (programas con delincuentes sexuales, agresores en el ámbito familiar, etc); o las relativas a un deficiente arraigo social o familiar, lo que desemboca en aislamiento y en una mayor desocialización del penado. Sin duda alguna, estos factores dificultan el acceso del extranjero a un *estatus* ventajoso en el cumplimiento de la pena de prisión, tales como un grado de clasificación más favorable o el acceso a los permisos ordinarios⁴¹⁹.

En puridad, al transformar la expulsión en regla general y al eliminar el requisito de audiencia previa al penado, los jueces y tribunales podrían aplicar de forma automática el artículo 89 CP a todo extranjero no residente legalmente en España sin realizar, por tanto, ninguna valoración o consideración respecto de sus circunstancias personales fuera de la situación administrativa que habilitaba la aplicación del precepto⁴²⁰, lo cual, parafraseando a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO “convertía a los tribunales en legisladores”⁴²¹.

Desde la doctrina se venía manteniendo una posición crítica al respecto del automatismo, dado que no se hacía en el texto ninguna alusión a las circunstancias personales, familiares o sociales del extranjero, a la gravedad del delito cometido, ni al tiempo que pudiera llevar el mismo en nuestro país, ni a si era o no reincidente, ni a si era o no toxicómano, ni a si la expulsión comportaría un riesgo cierto para la vida o la

⁴¹⁸ STS, Sala Segunda de lo Penal, de 28 de septiembre de 2009, Fundamento de Derecho Tercero, Ponente D. ALBERTO JORGE BARREIRO.

⁴¹⁹ DE MARCOS MADRUGA, F., Una aproximación al tratamiento penitenciario de los extranjeros en prisión, en *Diario La Ley*, nº7410, 2010, p. 6.

⁴²⁰ GARCÍA ESTEBAN, MD., Expulsión de extranjeros en el Código Penal, en *Revista Penal*, nº35, 2015, p. 63.

⁴²¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, op cit, p. 651.

integridad personal del condenado, lo cual mostraba que el artículo 89 CP regulaba una medida que nada tenía que ver con la prevención especial positiva⁴²².

Además, tal y como manifiesta ARIAS SENSO, tal grado de automatismo y de imperatividad suponía un olvido de las garantías constitucionales y supraconstitucionales a tener en cuenta en virtud de la aplicación de la jurisprudencia del TEDH, especialmente en lo que a omisión de circunstancias personales se refiere⁴²³.

En síntesis, la valoración de las circunstancias personales del infractor extranjero resultaba un elemento fundamental a la hora de dilucidar sobre una expulsión ya que la sustitución no debería aplicarse en los casos en los que las condiciones personales permitieran pronosticar, tras el cumplimiento de la pena de prisión una expectativa de reintegración⁴²⁴.

A continuación, se procede a analizar la postura crítica que el TS mantuvo de cara a la automaticidad de las expulsiones de extranjeros infractores.

A) El rechazo del TS a la automaticidad de la expulsión

La automaticidad de la expulsión, que como se ha analizado en el epígrafe anterior, venía siendo criticada por la doctrina, alcanzó límites insospechados en la práctica judicial, hasta el punto de que audiencias provinciales como la de Madrid llegaron a acordar una expulsión por error de un individuo que no era residente en situación irregular en España, dado que el susodicho disponía de permiso de trabajo y de permiso de residencia. Tal fue el caso de la sentencia de la audiencia provincial de Madrid

⁴²² MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson, 2011, p. 149; DE LAMO RUBIO, J., *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, Bosch, 1997, pp. 490-491; CANCIO MELIÁ, M., *La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal, (artículo 89 del Código Penal)*. *Homenaje al Profesor Doctor González Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, 2005, p. 14; PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, *op cit*, p. 363; MANZANARES SAMANIEGO, JL., *Suspensión y ejecución de las penas privativas de libertad*, *op cit*, p. 99; SALVADOR CONCEPCIÓN, R., *La expulsión del extranjero como castigo penal*, *op cit*, p. 108; ARIAS SENSO, M., *Expulsión de extranjeros condenados: Aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004*, *op cit*, p. 5; MUÑOZ LORENTE, J., *La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: El artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003*, *op cit*, p. 435; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, *op cit*, p. 239; TOMÉ GARCÍA, J., *Intervención del Juez Penal en la expulsión de extranjeros*, *op cit*, p. 185.

⁴²³ ARIAS SENSO, M., *Expulsión de extranjeros condenados: Aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004*, *op cit*, p. 2.

⁴²⁴ BRANDÁRIZ GARCÍA, JA y MONCLÚS MASÓ, M., *Políticas y prácticas de control migratorio*, Didot, 2015, p. 86; MAGRO SERVET, V., *La expulsión automática de los inmigrantes en la sentencia penal en el art.89.1CP*, en *La Ley Penal*, nº14, 2005, p. 57.

de 21 de junio de 2004. Evidentemente, el TS dio la razón al recurrente en casación dado que la citada Audiencia Provincial había errado con gravedad⁴²⁵.

Se ha de destacar que en este contexto fue el TS el órgano jurisdiccional que pugnó por erradicar la automaticidad que predicaba el artículo 89 CP, y es que desde dicha institución se consideraba que la automaticidad que normaba dicho precepto sin hacer alusión a las circunstancias del penado ni a las del delito cometido, como, por ejemplo, a su gravedad, podía poner en tela de juicio los fines de reeducación, rehabilitación y reinserción social que debían cumplir todas las penas⁴²⁶.

Así, a la vanguardia de esa línea reformista se situaba su célebre sentencia 901/2004 de 8 de julio. Como se verá a continuación, esta sentencia marcó un antes y un después en la expulsión de los extranjeros que delinquen y no son residentes legales, pues a partir de esta insigne sentencia, fueron muchas las resoluciones de tribunales inferiores que siguieron la línea jurisprudencial por ella trazada⁴²⁷. En palabras de BATUECAS, *“la interpretación efectuada al artículo 89 por la STS de 8 de julio de 2004 prácticamente supone la vuelta al carácter facultativo que tenía la expulsión con posterioridad a la reforma”*⁴²⁸.

Dicha sentencia resolvía un recurso de casación que había sido interpuesto por Gregorio, extranjero residente en España desde hacía 17 años, con una familia desde hacía dos años y con dos hijos menores nacidos en España que tenía bajo su patria potestad. Gregorio había sido condenado por la Audiencia Provincial de Madrid por un delito contra la salud pública, con la atenuante de drogadicción a la pena de tres años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 18.707,40 euros. La Audiencia Provincial acordó sustituir la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional con una prohibición de regreso de diez años. Ante estos hechos, Gregorio interpuso un recurso de casación ante

⁴²⁵ STS, Sala Segunda de lo Penal, 17 de mayo, Fundamento de Derecho Tercero, Ponente D. Joaquín Giménez García.

⁴²⁶ STS, Sala Segunda de lo Penal, de 28 de septiembre de 2005. Fundamento de Derecho cuarto. Ponente D. SIRO FRANCISCO GARCÍA PÉREZ; STS, Sala Segunda de lo Penal, de 12 de julio de 2017. Fundamento de Derecho Único. Ponente D. JUAN SAAVEDRA RUIZ; STS, Sala Segunda de lo Penal, de 23 de julio de 2009. Fundamento de Derecho único. Ponente D. FRANCISCO MONTERDE FERRER.

⁴²⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M, DURÁN SECO, I, OLAIZOLA NOGALES, I y JERICÓ OJER, L., Extranjería y Derecho Penal: Las últimas reformas, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº12, 2007, p. 86.

⁴²⁸ BATUECAS, JM., *La expulsión del extranjero en la legislación española*, Editorial Club Universitario, 2009, p. 55.

el TS alegando que no se había celebrado la comparecencia correspondiente para que el recurrente fuese oído en orden a la sustitución de la pena de prisión por la de expulsión.

El TS admitió el recurso, y en su fundamento de derecho segundo; consideró que, a colación de la supresión del requisito de la audiencia previa del penado extranjero operada por la reforma del 2003, para llevar a cabo una adecuada ponderación y una correcta salvaguarda de los derechos fundamentales superiores era un factor condicionante la realización del estudio de las concretas circunstancias del penado y del hecho concreto⁴²⁹, del arraigo y la situación familiar, para lo que resultaba imprescindible el trámite de audiencia al penado⁴³⁰. Además, estableció que no resultaba suficiente que el juez o tribunal atendiera únicamente a la clase de delito cometido o a la cuantía de la pena impuesta en orden a acordar o no la expulsión⁴³¹. Posteriormente, el TS perfiló dicha exigencia añadiendo también que la omisión de dicha audiencia daría lugar a que la expulsión quedara sin efecto⁴³².

En esta línea, también en el mismo fundamento de derecho, el TS apelaba al informe que llevó a cabo el CGPJ al Proyecto de Ley Orgánica del año 2003, que al hilo de la crítica que realizaba a la ausencia del requisito de una audiencia previa al penado antes de practicar una expulsión en el texto penal, afirmaba también; que, para evitar una expulsión, además de la naturaleza del delito, se debería haber hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias relacionadas directamente con la persona del penado, especialmente, circunstancias que el TEDH reconoce que hay que valorar, como son, la circunstancia de arraigar, que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pudiera correr peligro o ser objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del CEDH⁴³³.

⁴²⁹ Véanse, entre otras, la STS, Sala Segunda de 24 de julio de 2006, Fundamento de Derecho Primero, Ponente D. JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN. En esta sentencia el tribunal acordó suprimir la medida de expulsión del territorio nacional que la Audiencia Provincial había acordado, puesto que no se había cumplido con el respeto a la audiencia de los condenados y, en consecuencia, a la elaboración de un juicio ponderado acerca de la procedencia de la sustitución de las penas impuestas por la sustitución del territorio nacional.

⁴³⁰ STS, Sala segunda de lo Penal de 8 de julio de 2004, Fundamento de derecho segundo, Ponente D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA.

⁴³¹ STS, Sala Segunda de lo Penal de 13 de febrero, Fundamento de Derecho Segundo, Ponente D. JOSE ANTONIO MARTÍN PALLÍN.

⁴³² STS, Sala Segunda de lo Penal de 20 de febrero de 2008, Fundamento de Derecho Cuarto, Ponente D. LUCIANO VARELA CASTRO; STS, Sala Segunda de lo Penal de 1 de diciembre de 2006, Fundamento de Derecho Único, Ponente D. ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER.

⁴³³ FALLADA GARCÍA VALLE, J., Algunos límites a los derechos de los inmigrantes: detención y expulsión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n°20, 2010, p.30; GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, 2007, p.61.

A estos efectos, consideramos que no le faltaba razón ni al TS ni al CGPJ al reconocer que sería necesario valorar las circunstancias recogidas en los artículos 3 y 8 CEDH antes de dilucidar sobre una expulsión, ya que dichos preceptos regulan los principales derechos que se van a ver afectados por la propia naturaleza de la expulsión⁴³⁴.

Además, dos años más tarde, la Circular FGE 2/2006 estableció que en los supuestos en los que la expulsión automática del artículo 89 CP condujera a resultados contrarios a la doctrina del TEDH en la materia, la cual será analizada a continuación, los fiscales deberían optar por no solicitar la expulsión. En todo caso debería exigirse en estos supuestos una motivación justificante de la derogación de la regla general⁴³⁵.

De esta guisa, el análisis de la jurisprudencia del TEDH en esta cuestión es fundamental, en primer lugar, porque la misma debe servir de guía a la armonización de las legislaciones nacionales con la legislación internacional⁴³⁶.

En segundo lugar, la jurisprudencia del TEDH constituye la referencia jurisprudencial más importante en materia de derechos humanos para todos los tribunales europeos⁴³⁷, debiéndose aplicar el artículo 89 CP conforme a la doctrina emanada del mismo⁴³⁸.

Respecto a este punto, el arsenal jurisprudencial del TEDH reviste un importante valor, no sólo porque constituye una referencia de peso en materia de derechos humanos, sino porque además, a la hora de pronunciarse sobre una expulsión, dicho tribunal va a ocupar una posición de garantista al asentar la máxima de una necesaria valoración de las circunstancias personales del extranjero, entre ellas, el arraigo que el mismo mantenga en el país de residencia, o que la vida del susodicho pueda correr peligro o que pueda ser objeto de torturas o tratos inhumanos o degradantes contrarios al artículo 3 CEDH. Por

⁴³⁴ MASSÓ GARROTE, F., *Nuevo régimen de extranjería. Comentarios, procedimientos, formularios y modelos de la LO 4/2000, de Extranjería, tras la reforma de la LO 8/2000*, La Ley, 2001, p.353.

⁴³⁵ Página 23.

⁴³⁶ FALLADA GARCÍA VALLE, J., Algunos límites a los derechos de los inmigrantes: detención y expulsión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n°20, 2010, p.30; GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, 2007, p.61.

⁴³⁷ LAFONT NICUESA, L., La sustitución judicial de las penas y medidas de seguridad por la expulsión, en LAFONT NICUESA, L., *Extranjería, legislación, comentarios y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 2008, p.221.

⁴³⁸ BALLESTEROS MARTÍN, J.M., Intervención de la jurisdicción penal en la expulsión del territorio nacional y en el internamiento de extranjeros, en BALLESTEROS MARTÍN, J.M., *Extranjería y cooperación judicial internacional*, CISS, 2010, p.46.

ello, el TEDH exige un examen individualizado, con alegaciones, y en su caso prueba, para poder resolver fundadamente sobre una expulsión⁴³⁹.

En este sentido, en aras de clarificar la posición del TEDH con respecto a los artículos 3 y 8 CEDH y su posible vulneración por la vía de una expulsión del extranjero infractor, se procede a continuación al análisis de su jurisprudencia⁴⁴⁰.

A.1) La postura del TEDH frente a una injerencia en la vida privada y familiar del infractor extranjero

Tal y como sostiene ROIG TORRES⁴⁴¹ las demandas que se plantean ante el TEDH sobre expulsión de los Estados Miembros de ciudadanos extranjeros se basan comúnmente en la vulneración del artículo 8 CEDH.

Este artículo establece que

“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley, y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

Así, en este precepto se reconoce el derecho a la vida privada y a la familia, derechos que están conectados con el surgimiento de vínculos estrechos con el Estado parte y con la desvinculación del Estado de origen, y; no cabe duda; de que excluir a una persona de un país en el que se encuentran sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido en el aludido artículo 8

⁴³⁹ MAZA MARTÍN, J.M., El tratamiento del delincuente extranjero en el Derecho Penal Español, en BALADO RUÍZ GALLEGOS, M., *Immigración, Estado y Derecho*, op cit, p.849; CUGAT MAURI, M., La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros (art.89), en QUINTERO OLIVARES, G., *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Thomsom Reuters, 2010, p.103; SALVADOR CONCEPCIÓN, R., La expulsión del extranjero como castigo penal, en *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, nº006, 2012, p.102.

⁴⁴⁰ Todas ellas disponibles en la página web www.hudoc.com.

⁴⁴¹ROIG TORRES, M., La expulsión de los extranjeros en el proyecto de reforma del Código Penal. Análisis desde la perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Unas notas sobre el Derecho Británico, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2014, p. 430.

CEDH⁴⁴², y, por extensión, un olvido de las posibilidades de reinserción social que el mismo mantenga.

Así, cuanto más sólidos sean los vínculos del extranjero con el Estado en el que se encuentra residiendo y menor el ligamen con el Estado de origen, más elevado será el peso para hacer valer este derecho frente a una posible orden de expulsión y viceversa⁴⁴³.

Como punto de arranque, el TEDH tiende a reconocer que el CEDH no garantiza el derecho de un extranjero a entrar o a residir en un país en particular⁴⁴⁴, y en cumplimiento de mantener el orden público, permite a los Estados contratantes expulsar a los extranjeros infractores⁴⁴⁵. Dicho de otro modo, todo Estado Parte tiene el derecho de controlar la entrada, la permanencia y la expulsión de los no nacionales de su territorio⁴⁴⁶.

Ahora bien, sostiene que estas decisiones en la medida en que pueden suponer una intromisión en el derecho protegido por el apartado uno del artículo 8 CEDH deben tener una base legal, perseguir un fin legítimo y ser necesarias en una sociedad democrática⁴⁴⁷.

A.1.1) La valoración de la necesidad de la expulsión

La necesidad de una expulsión es una cualidad que el TEDH viene exigiendo y que significa que dicha medida debe ser proporcionada a la causa legítima a la que se dirige⁴⁴⁸. Esto supone que el tribunal debe tener en cuenta, por un lado, el derecho a la vida privada y familiar del solicitante, esto es, su arraigo, y, por otro lado, la causa

⁴⁴² ORDÓÑEZ SOLÍS, D., Control judicial: La expulsión, en *Diario La Ley*, n°6403, 2006, p. 8.

⁴⁴³ FALLADA GARCÍA VALLE., JR., Algunos límites a los derechos de los inmigrantes: detención y expulsión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n°20, 2010, p. 6.

⁴⁴⁴ Entre otros: Caso *Udeh contra Suiza*, 16 de abril de 2013, párrafo 44.

⁴⁴⁵ Tal y como podemos ver en KARAGIANNIS, S., el Estado nacional de la persona que se expulsa es el que será el Estado de retorno natural en caso de expulsión, en *Expulsion d'étrangers et Convention européenne des droits de l'homme. Le risque de mauvais traitements dans l'Etat de destination*, en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2010, p. 67.

⁴⁴⁶ En este sentido, RUILOBA ALVARIÑO, J., *El Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987. Su aplicación en España*, Universidad Rey Juan Carlos, 2005, p. 236; DOCQUIR, PF., *Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers: Vers la mise au point d'une protection floue du droit du séjour?*, en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n°60, p. 3.

⁴⁴⁷ Caso *Souza Ribeiro v. Francia*, de 13 de diciembre de 2012, párrafo 77; Caso *Maslov v. Austria*, 23 de junio de 2008, párrafo 68; Caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido*, 28 de mayo de 1985, párrafo 67, y, Caso *Boujlifa contra Francia*, 21 de octubre de 1997, párrafo 42, Caso *Dalia contra Francia*, 19 de febrero de 1998, párrafo 52, Caso *Mehemi contra Francia*, 26 de septiembre de 1997, párrafo 34, entre otros.

⁴⁴⁸ BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente*, op cit, p. 28.

legítima, como la protección del orden público y la prevención del delito⁴⁴⁹, evaluando si existe un justo equilibrio entre el derecho a la vida privada y familiar del requirente y la protección del orden público y la prevención de las infracciones penales⁴⁵⁰.

Para llevar a cabo dicha evaluación, el TEDH ha asentado un catálogo de criterios que han de tenerse en cuenta para ver si la expulsión cumple con el requisito de la necesidad, criterios que variarán en función de si el extranjero afectado por la expulsión ha formado una familia o no, y que serán analizados en posteriores epígrafes.

En esta línea, es menester traer a colación la exposición del Caso *Nasri contra Francia*, de 13 de julio de 1995, caso que protagonizaba un ciudadano de Argelia sordomudo y analfabeto que fue autor de multitud de robos y condenado por violación, constituyendo este último delito el detonante de la expulsión a Argelia.

La representación de Nasri consideraba que su expulsión no se podía tildar de necesaria en una sociedad democrática puesto que toda su familia vivía en Francia y se enfrentaría a graves problemas de comunicación si lo alejaban de ellos dado que eran los únicos conocedores del lenguaje de signos que Nasri utilizaba.

La Corte, con acierto a nuestro juicio, consideró que, en el caso de un individuo con tales obstáculos, la familia representaba un pilar fundamental no solo como medio de acogida, sino también como un medio idóneo de reinserción que le ayudara a no reincidir. Además, Nasri había vivido en Francia desde pequeño⁴⁵¹ recibiendo allí su educación⁴⁵².

En este sentido, se ha de indicar que la existencia de una familia en el país de residencia no ha supuesto en otras ocasiones tildar de innecesaria la expulsión de un extranjero infractor. Concretamente, nos referimos al Caso *Üner contra Países Bajos*, donde un sujeto de nacionalidad turca residente en Países Bajos había sido expulsado a Turquía a raíz de la comisión de varios delitos, entre ellos, homicidio involuntario y lesiones graves. Üner tenía mujer e hijos y ninguno de ellos hablaba el turco. El Secretario de Estado de Países Bajos ordenó una medida de expulsión utilizando la argumentación de que los intereses de la seguridad pública, de la defensa y del orden y de la prevención

⁴⁴⁹ Caso *Boughanemi contra Francia*, de 24 de abril de 1996, párrafo 42.

⁴⁵⁰ Caso *C contra Bélgica*, 7 de agosto de 1996, párrafo 32.

⁴⁵¹ En estos casos en los que el individuo ha vivido en un país desde que era pequeño, que ha recibido su educación y trabajado durante un tiempo en ese país, donde viven sus amigos y familiares y que no tiene lazos con su país de origen, son las autoridades las que deben demostrar que hay una necesidad imperiosa de expulsar a la persona y en particular que la medida resultaba proporcional al objetivo legítimo perseguido. Véase en Caso *Shala contra Suiza*, 15 de noviembre de 2012, párrafo 48. Además, tal y como se especifica en el Caso *Omojoudi contra Reino Unido*, 24 de noviembre de 2009, párrafo 37 y ss, la expulsión de un inmigrante asentado constituye una injerencia en su respeto al derecho a la vida privada.

⁴⁵² Caso *Nasri contra Francia*, 13 de julio de 1995, párrafo 46.

de infracciones estarían por encima del interés del infractor de continuar su vida en Países Bajos con su compañera, sus hijos, sus padres y sus hermanos. El TEDH secundó la opinión del Secretario de Estado de Justicia al afirmar que la expulsión del requirente era proporcionada a los objetivos perseguidos y por tanto necesaria en una sociedad democrática⁴⁵³.

Si bien la existencia de una familia formada por el sujeto afectado por la expulsión en el país de residencia no ha servido para tildar de innecesaria una expulsión, el hecho de que el extranjero infractor no haya formado una familia en el país de residencia junto con la circunstancia de que las relaciones con sus familiares no sean muy estrechas, no generará halagüeñas expectativas de calificar de innecesaria a esa expulsión. Esto es lo que ocurre en el Caso *Ukaj contra Suiza*, donde un residente suizo de origen kosovar con una amplia trayectoria delictiva es expulsado a su país de origen, considerando el TEDH que su expulsión cumpliría el requisito de la necesidad en una sociedad democrática, dado que, a pesar de que dicho individuo había venido a Suiza a la edad de dieciséis años, las infracciones cometidas revestían cierta gravedad. En este sentido, se tenía constancia de que se había divorciado de su mujer, residente suiza, de que no tenía hijos, y de que las relaciones con sus hermanos y su madre en dicho país no eran muy estrechas. Empero, el afectado había pasado su escolaridad en Kosovo, considerando el TEDH que, a pesar de que los lazos con dicho país estuvieran muy debilitados, había conservado sus lazos sociales, culturales y lingüísticos, pudiéndose reintegrar sin mucha dificultad, aseverando el TEDH que la expulsión cumplía el requisito de necesidad en una sociedad democrática⁴⁵⁴.

En puridad, con base en el casuismo expuesto, se puede extraer la conclusión de que no sería posible asentar una definición universal de lo que por necesidad debería entenderse ya que su significado nacería en la interpretación realizada en cada caso concreto, interpretación que vendrá marcada por el elenco de circunstancias que rodeen al extranjero infractor en cuestión, tales como la existencia de una familia, la solidez de los lazos que mantenga con la misma, la existencia o no de hijos, los lazos que aun mantenga con su país de origen, entre otros.

⁴⁵³ Caso *Üner contra Países Bajos*, 18 de octubre de 2006, párrafo 67.

⁴⁵⁴ Caso *Ukaj contra Suiza*, 24 de septiembre de 2014, párrafos 38, 39 y 40.

A.1.2) La vida privada y la vida familiar

A la hora de valorar el grado de necesidad de la medida de expulsión que recae sobre un extranjero que ha cometido un delito, el TEDH distingue entre los casos en los que se va a ver afectada la vida privada y los casos en los que se va a ver afectada la vida familiar⁴⁵⁵.

En esta línea, conviene indicar que la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la vida privada es bastante pobre, y ello porque los recurrentes extranjeros prefieren dar más importancia a los intereses familiares en detrimento de los intereses privados, al pensar que la familia acaparará una mayor atención del TEDH, siendo la mayor garantía para evitar ser expulsados⁴⁵⁶.

Con relación a los criterios que se van a ponderar en aras de determinar si existe afectación o no de la vida privada a la hora de acordar una expulsión, resulta clarificador el Caso *Shala contra Suiza*, de 15 de noviembre de 2012.

Este supuesto involucraba al señor Shala, de nacionalidad Kosovar, individuo respecto del cual el Estado suizo había adoptado una medida de expulsión. Se trataba de un sujeto que había entrado en Suiza a una edad temprana y había pasado su escolaridad en dicho país e incluso había aprendido un oficio. El Estado suizo acordó su expulsión porque había sido condenado a una pena privativa de libertad de cinco meses y medio por lesiones corporales, por haber herido a una persona en un accidente de circulación, así como por su participación en una pelea. Finalmente, Shala fue expulsado de Suiza con una obligación de no volver en un período de diez años. El requirente recurrió ante el TEDH alegando que había vivido en Suiza casi veinte años y que la mayor parte de sus amigos vivían allí. En este sentido, también sostenía que la gravedad de las infracciones no justificaba su expulsión, la cual tildaba de extremadamente dura en comparación con la gravedad de las contravenciones cometidas.

Ante esta situación, la Corte finalmente argumentó que era necesario aceptar que el conjunto de lazos sociales entre los inmigrantes establecidos y la comunidad en la cual ellos vivían formaba parte de la noción de “vida privada”, en el sentido del artículo 8 CEDH, y estableció que en el supuesto de que la persona expulsada fuera un adulto sin hijos deberían tenerse en cuenta los criterios siguientes: La naturaleza y la gravedad de la

⁴⁵⁵ SÁNCHEZ TOMÁS, J., Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular: marco comunitario e internacional, en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, I+D+I Iusmigrante, 2015, p. 77.

⁴⁵⁶ BOZA MARTÍNEZ, D., *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Fundación Centro de Estudios Constitucionales 1812, 2001, p. 57.

infracción cometida; la duración de la estancia del interesado en el país del que debe ser expulsado; el tiempo que ha transcurrido desde la infracción y la conducta del demandante durante ese período; la nacionalidad de las personas afectadas; la solidez de los lazos sociales, culturales y familiares con el país de residencia y el país de destino; las circunstancias particulares que giren en torno al caso concreto y la naturaleza de la inadmisibilidad⁴⁵⁷.

En este sentido, aunque no se trata de un criterio oficialmente establecido, también será necesario tener en cuenta la edad que tenía el extranjero infractor en el momento de la comisión del delito, esto es, si cometió los actos siendo un adolescente o siendo un adulto⁴⁵⁸.

En suma, al igual que ocurría con el concepto de necesidad, tampoco parece que se pueda definir a la vida privada con un deje de universalidad. En efecto, el TEDH considera que la definición de una manera exhaustiva de la noción de vida privada ni es posible ni necesaria. De este modo, sostiene que sería restrictivo limitarla a un círculo íntimo donde cada uno puede desarrollar su vida personal al margen del mundo exterior. De esta suerte, el respeto a la vida privada también debe englobar, en cierta medida, el derecho para el extranjero de establecer y desarrollar relaciones con sus semejantes, incluyendo también las actividades personales o comerciales del extranjero en cuestión⁴⁵⁹.

Por otro lado, con respecto a la vida familiar, se ha de comenzar indicando que al igual que ocurría con los términos vida privada y necesidad, actualmente no existe en la jurisprudencia del TEDH un concepto de familia totalmente perfilado, sino que los componentes de dicho término van a derivarse de diversas interpretaciones que el TEDH ha ido realizando a través de su jurisprudencia⁴⁶⁰.

Así, en la Sentencia del TEDH de 13 de Julio de 1985 que resuelve el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido*, se especifica que la palabra familia hace referencia a la relación que nace en el seno de un matrimonio legal y no ficticio, mereciendo dichas uniones el respeto que pueda otorgar el citado precepto⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ Caso *Shala contra Suiza*, 15 de noviembre de 2012, párrafo 46.

⁴⁵⁸ Caso *Maslor contra Austria*, 23 de junio de 2008, párrafo 72.

⁴⁵⁹ Caso *Niemietz contra Alemania*, 16 de diciembre de 1992, párrafo 29.

⁴⁶⁰ SEGOVIANO REVILLA, L., *La vida familiar de los extranjeros: el Derecho y la Integración*. Tesis Doctoral dirigida por Dña BRIONES MARTÍNEZ, IM., 2014, p. 65.

⁴⁶¹ Caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido*, 13 de julio de 1985, párrafo 62.

En el Caso *Onur contra Reino Unido*, de 17 de febrero de 2009 se amplía esa interpretación del concepto de familia al establecer que los niños nacidos en el seno de una pareja de hecho son parte de esa familia desde el momento del nacimiento, y la vida o nexo familiar existe entre los chicos y los padres, presuponiendo que, aunque se trate de una pareja de hecho y no de un matrimonio hay un vínculo familiar⁴⁶².

Es importante destacar que esa relación familiar no termina por el hecho de que los padres se separen o se divorcien y que como resultado de ello el niño deje de vivir con los padres⁴⁶³, dado que la Corte considera que, en ausencia de cohabitación, otros factores pueden servir para demostrar que una relación tiene la suficiente constancia para crear “de facto” lazos familiares. Esos factores son: La naturaleza y duración de la relación de los padres, y en particular si habían planeado tener un hijo; si el padre posteriormente reconoció al hijo como suyo; las contribuciones hechas al cuidado y a la educación del niño, y la calidad y regularidad del contacto⁴⁶⁴.

Ahora bien, no habrá vida familiar o convivencia familiar entre padres e hijos adultos o entre hermanos adultos a no ser que ellos demuestren elementos adicionales de dependencia⁴⁶⁵.

En esta línea, podemos afirmar que el TEDH reconoce expresamente el interés superior del menor al afirmar que en los supuestos de expulsión, si hay niños, lo más importante es saber si estos tienen una edad con la que se puedan adaptar a un entorno diferente⁴⁶⁶.

En definitiva, tal y como afirma SANTOLAYA MACHETTI, “*cualquier forma de convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua sea cual sea su grado de formalización o incluso el sexo de sus componentes, puede ser considerada una “vida familiar” protegida por el Convenio por alejada que resulte de los parámetros de la familia tradicional basada en el matrimonio*”⁴⁶⁷.

En cuanto a los criterios a ponderar en los supuestos en los que el extranjero infractor tenga una familia y por tanto pueda verse afectada su vida familiar, se habrán de tener en cuenta, además de los criterios atinentes a los supuestos de vulneración de vida

⁴⁶² Caso *Onur contra Reino Unido*, 17 de febrero de 2009, párrafo 43.

⁴⁶³ Caso *Ciliz contra Países Bajos*, 11 de julio del 2000, párrafo 59.

⁴⁶⁴ Caso *Onur contra Reino Unido*, 17 de febrero de 2009, párrafo 44.

⁴⁶⁵ Caso *Khan contra Alemania*, 23 de abril de 2015, párrafo 38.

⁴⁶⁶ Caso *Josef contra Bélgica*, 27 de febrero del 2014, párrafo 137.

⁴⁶⁷ SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch, 2004, p. 80.

privada, los siguientes: Naturaleza y gravedad del delito cometido por el demandante; la duración de la estancia del demandante en el país del cual va a ser expulsado; el tiempo transcurrido desde que el delito fue cometido y la conducta del demandante durante ese período; las nacionalidades de las personas afectadas; la situación familiar del demandante, así como la duración de su matrimonio y otros factores que expresen la efectividad de una vida familiar en pareja; si la pareja conocía el delito en el momento en el que entró en la relación familiar; si hay niños en el matrimonio y si los hay cuáles son sus edades, y por último, la gravedad de las dificultades que el grupo familiar del afectado pueda encontrar en el país destinatario de la expulsión⁴⁶⁸.

Más recientemente, el TEDH ha ampliado estos criterios, añadiendo también la cuestión de saber si el cónyuge tenía conocimiento de la infracción en la época en la que creó la situación familiar, si los niños son descendientes del matrimonio, y, en tal caso, su edad, y, finalmente, el interés y el bienestar de los niños⁴⁶⁹, esto es, si los mismos se encuentran en una edad en la que puedan adaptarse a un entorno diferente⁴⁷⁰.

Tal y como puede observarse, el concepto de familia es amplio y su protección variará en función de la amalgama de circunstancias que se engloben dentro de la misma.

A.2) La postura del TEDH ante la expulsión del extranjero a un país donde pueda sufrir malos tratos

Otra de las líneas argumentales que utilizan los demandantes para fundar sus reclamaciones es la vulneración del artículo 3 CEDH, precepto que dispone que nadie podrá ser sometido a tratos inhumanos o degradantes. En el mismo sentido lo indica el artículo 19.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que establece que *“nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a torturas o a otras penas o tratos inhumanos”*.

En esta línea, tal y como exponen BRANDÁRIZ GARCÍA Y MONCLÚS MASÓ, en la vertiente preventivo especial de los condicionantes sobre la decisión de expulsión

⁴⁶⁸ Caso *Boultif contra Suiza*, 2 de agosto de 2001, párrafo 48.

⁴⁶⁹ Caso *KM contra Suiza*, 2 de junio de 2015, párrafo 51.

⁴⁷⁰ Caso *Paposhvili contra Bélgica*, 13 de diciembre de 2016, párrafo 143.

debe incluirse también la consideración del riesgo que pueda suponer la expulsión para la vida o los bienes jurídicos fundamentales del migrante condenado⁴⁷¹.

En este sentido, por un lado, el concepto “tratos inhumanos” abarcaría todas aquellas conductas que de una forma deliberada causaran un grave sufrimiento físico o mental y que en la situación concreta resultaran injustificables. En esta línea, tres son los elementos que se requieren para la existencia de un trato inhumano y degradante: Una intención de infringir el daño, un sufrimiento grave y una falta de justificación para tal sufrimiento.

Por otro lado, respecto al trato degradante, este precepto protege frente a conductas que supongan una interferencia en la dignidad del ser humano de cierta envergadura⁴⁷².

Ahora bien, es importante no dejarse embaucar por la morfología de dichos vocablos, pues, valoraciones apriorísticas pueden desembocar en la emisión de juicios apresurados. En efecto, si bien la Corte se muestra en consonancia con dicha prohibición, recuerda que para vulnerar el artículo 3 un mal trato debe conllevar un mínimo de gravedad. La apreciación de ese mínimo será relativa y dependerá de las circunstancias que rodean el caso, entre otras particularidades⁴⁷³.

Así pues, para poder acreditar ese riesgo real de tratos contrarios al artículo 3 en el país al que el sujeto va a ser expulsado será necesario realizar en primer lugar determinadas indagaciones en aras de obtener información sobre la situación general del país destino de la expulsión⁴⁷⁴, pesquisas que se realizarán con base en pruebas que el TEDH obtenga *motu proprio*⁴⁷⁵, de materiales proporcionados por el demandante⁴⁷⁶, de

⁴⁷¹ MONCLÚS MASÓ, M y BRANDÁRIZ GARCÍA, JA., *Políticas y prácticas de control migratorio. Estudio comparativo del control de los migrantes en los contextos latinoamericano y europeo*, op cit, p. 86.

⁴⁷² BOZA MARTÍNEZ, D., *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op cit, p. 111.

⁴⁷³ Caso *Rwyn contra Polonia*, 18 de febrero de 2016, párrafo 135.

⁴⁷⁴ Caso *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, cit, párrafo 117 y 118.

⁴⁷⁵ BOZA MARTÍNEZ, D., *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op cit, p. 119.

⁴⁷⁶ Tal y como indica MUÑOZ AUNIÓN, A., *Política migratoria de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 445, el demandante tendrá con cierta frecuencia, dificultades para aportar las pruebas de la existencia de circunstancias excepcionales y de verdaderas razones para creer que será sometido a un tratamiento prohibido en relación con el artículo 3CEDH. Tal y como podemos apreciar en el Caso *Saadi contra Italia*, 28 de febrero de 2008, párrafo 129, la Corte, delega en primera instancia en el demandante la tarea de aportar elementos que demuestren que su expulsión lo sometería a tratos contrarios al artículo 3 CEDH en el país de destino.

informes elaborados por asociaciones internacionales dedicadas a la protección de los derechos humanos⁴⁷⁷, de fuentes gubernamentales, etc.⁴⁷⁸.

La determinación de la existencia de ese riesgo real se debe realizar teniendo en cuenta aquellos hechos que conocía o debía de haber conocido el Estado expulsante en el momento de la expulsión. Empero, el TEDH no está limitado en este sentido y puede valorar circunstancias que se han desarrollado posteriormente a la expulsión para confirmar o rechazar los temores del recurrente a un posible mal trato en su país de origen⁴⁷⁹.

En esta línea, para el TEDH el riesgo de verse sometido a un trato contrario al artículo 3 CEDH puede provenir tanto de autoridades estatales como de particulares. En el primer caso, esto puede ocurrir en el supuesto de que el extranjero que va a ser expulsado hubiera realizado en su país de origen una conducta que fuera castigada de una forma totalmente lesiva del artículo 3 CEDH. Esto es lo que ocurre en el Caso *Jabari contra Turquía*, donde una mujer que había cometido adulterio en Irán iba a ser expulsada al mismo país con el riesgo de ser castigada con lapidación⁴⁸⁰. En esta línea, el TEDH también protege a los extranjeros expulsados de los malos tratos que puedan sufrir cuando éstos provienen de particulares⁴⁸¹.

Para concluir, resulta muy interesante abordar la presunción que realiza esta instancia judicial europea cuando al estudiar la situación general de determinados países sospechosos de no ser demasiado respetuosos con los derechos humanos como Irak, Afganistán o Irán⁴⁸², afirma que la situación de violencia en los mismos no llega hasta el punto de legitimar la afirmación de que cualquier individuo expulsado hacia ellos se vería inmerso en un trance de sufrir tratos contrarios al artículo 3 CEDH⁴⁸³.

⁴⁷⁷ Concretamente, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados (ACNUR), Human Rights Watch, la Columbia Raw School Human Rights Clinic, el Centro de análisis sobre los derechos de los individuos en Europa (Centro AIRE), Amnistía Internacional, la Federación Internacional de Ligas de derechos del hombre (FIDH) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). Véase en DE CASTRO SÁNCHEZ, C., El CEDH como límite a las políticas migratorias europeas, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº46, 2013, p. 1126.

⁴⁷⁸ Caso *Hilal contra Reino Unido*, 6 de marzo de 2001, párrafo 63.

⁴⁷⁹ BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, op cit, p. 184.

⁴⁸⁰ Caso *Jabari contra Turquía*, 11 de julio de 2000, párrafos 44 y 45; Caso *O. contra Italia*, 24 de marzo de 2009, párrafo 45.

⁴⁸¹ BOZA MARTÍNEZ, D., *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op cit, p.37.

⁴⁸² Irán castiga el adulterio con la pena de muerte, tal y como se puede ver en el artículo 82 del Código Penal Islámico de Irán.

⁴⁸³ Véase, entre otros: Caso *JH contra Reino Unido*, 20 de diciembre de 2011, párrafo 55; Caso *SF y otros contra Suecia*, 15 de mayo de 2012, párrafo 62. En efecto, en el Caso *Saadi contra Italia*, cit, párrafo 131, la Corte considera que la mera posibilidad de que haya malos tratos en razón de una coyuntura inestable en

A.2.1) La persecución del extranjero expulsado en el Estado de destino

La existencia de tratos inhumanos o degradantes también se puede manifestar en el hecho de que el extranjero expulsado forme parte de un grupo o minoría que sea perseguida en el Estado de destino, o porque el mismo sea perseguido por grupos mafiosos o criminales, y respecto de los cuales el Estado no pueda asegurar su protección y/o no exista una legislación que proteja al extranjero expulsado frente a esas amenazas⁴⁸⁴.

En el primer caso, cabe citar el supuesto *Ergashev v. Rusia*, de 16 de octubre de 2012, supuesto en el que el señor Makhmudzhan Makhamadzhanovich Ergashev, nacional de Kirguistán, afirmaba que su expulsión a Kirguistán supondría una vulneración del artículo 3 CEDH dada su pertenencia a la minoría étnica Uzbeka. Efectivamente, el TEDH admitió la demanda con base en los posibles tratos contrarios al artículo 3 que dicho individuo sufriría en Kirguistán dada su pertenencia a dicha etnia⁴⁸⁵. En este sentido, es necesario indicar que el riesgo de maltrato debe probarse de forma individualizada en el sujeto concreto cuya expulsión se procede a practicar, esto es, probar que un familiar cercano ha pertenecido a un determinado grupo perseguido en el Estado de destino no es suficiente para convencer a la Corte de que el requirente que jamás ha formado parte del mismo pueda correr tal riesgo⁴⁸⁶. Paralelamente, la Corte ha considerado que el hecho de tener conocimiento de que próximos al requirente han sido condenados a prisión o asesinados por las fuerzas del orden no prueba nada en lo que concierne a los eventuales riesgos de malos tratos sobre la persona individual del requirente⁴⁸⁷.

En esta línea, con respecto a la persecución del extranjero expulsado por determinados grupos criminales, cabe citar el Caso *H.L.R contra Francia*, de 29 de abril de 1997, donde un traficante colombiano había sido detenido en Francia con 580 gramos de cocaína procedentes de Colombia y con destino a Italia. Ante estos hechos, el gobierno francés acordó adoptar una medida de prisión de cinco años seguida de una expulsión del

un país, no entraña en sí misma una violación del artículo 3, pues, tal y como se detalla en el párrafo 140, para que una expulsión forzada sea contraria a la Convención por conculcar el artículo 3, es necesario que esos malos tratos resulten reales y se funden en motivos serios.

⁴⁸⁴ DIDIER, R., Les étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme: Une protection limitée et contrastée, en *Revue québécoise de droit international*, nº13-1, 2000, p. 225.

⁴⁸⁵ Caso *Ergashev contra Rusia*, 16 de octubre de 2012, párrafo 68. Supuesto similar es el que acontece en Caso *Yakubov contra Rusia*, 8 de noviembre de 2011, párrafos 84 y ss.

⁴⁸⁶ Entre otros, Caso *Muslim contra Turquía*, 26 de abril de 2005, párrafo 69, Caso *Sultani contra Francia*, 20 de septiembre de 2007, párrafo 67 y Caso *Nuyanzi contra Reino Unido*, 8 de abril de 2009, párrafo 64.

⁴⁸⁷ Caso *Incedursun contra Países Bajos*, 22 de junio de 1999, párrafos 17, 18, 19 y 20.

territorio francés. El problema residía en que dicho condenado había proporcionado información sobre diversos traficantes que finalmente fueron detenidos, y por tales hechos esperaba represalias en Colombia una vez que fuera expulsado. En este caso, el riesgo de sufrir tratos contrarios al artículo 3 CEDH no provenía de las autoridades públicas sino de grupos criminales. Ante esta situación resultó sorprendente el veredicto del TEDH, que consideró que la situación general de violencia existente en Colombia no constituía por sí sola una violación del artículo 3 CEDH, ya que el riesgo de malos tratos atinente al sujeto en cuestión no había sido demostrado⁴⁸⁸. En efecto, en los supuestos en los que un extranjero que va a ser expulsado forme parte de algún colectivo perseguido en el Estado de destino, el mismo deberá demostrar tanto su pertenencia a dicho colectivo como los riesgos de malos tratos⁴⁸⁹.

En esta línea, el TEDH aprecia que, si el sujeto que va a ser expulsado ya ha sufrido con anterioridad malos tratos, esa circunstancia será un indicio bastante sólido de que existirán malos tratos en el Estado de destino⁴⁹⁰.

Otro aspecto relevante en este contexto es el atinente a la importancia que se debe otorgar a las garantías concedidas vía diplomática por parte del Estado de destino del extranjero expulsado en aras de asegurar que el trato en el mismo no será contrario al CEDH si el extranjero infractor es expulsado hacia su país de origen.

De gran calado resulta en este aspecto el Caso *Othman (Abu Qatada) contra Reino Unido*, de 17 de enero de 2012. Abu Qatada fue un individuo que en el año 2000 es acusado en Jordania de conspirar para atentar en el hotel de Jerusalén en Amman. Un tribunal jordano había condenado a Abu Qatada en rebeldía a 15 años de prisión con trabajos forzados por participar en el conocido como “complot del milenio” y en un contubernio terrorista contra una escuela americana. Qatada vivía en Reino Unido, que lo expulsó en julio de 2013⁴⁹¹. El TEDH consideró que en un supuesto donde las garantías han sido proporcionadas por el Estado receptor, éstas constituyen un factor muy relevante a considerar, no obstante, dicho aval no resulta suficiente para garantizar una protección adecuada contra los tratos contrarios al artículo 3 CEDH.

Así pues, resulta necesario realizar un examen pormenorizado para comprobar que, evidentemente, el solicitante estará protegido contra el riesgo de malos tratos. Es

⁴⁸⁸ Caso *H.L.R contra Francia*, 29 de abril de 1999, párrafo 44.

⁴⁸⁹ Caso *Saadi contra Italia*, 28 de febrero de 2008, párrafo 132.

⁴⁹⁰ Caso *J.K y otros contra Suecia*, 23 de agosto de 2016, párrafo 47.

⁴⁹¹ Resumen del caso extraído de http://internacional.elpaís.com/internacional/2014/09/24/actualidad/1411545929_578639.html.

importante destacar que el peso de las garantías del Estado receptor es relativo dependiendo de las circunstancias que prevalezcan en cada momento.

En este sentido, el TEDH ha determinado que sólo en casos excepcionales la situación general de un país conllevará el otorgamiento de una credibilidad ínfima a las garantías humanistas por él dadas.

Corresponde a la Corte examinar si las garantías dadas por el Estado de destino son suficientes en lo que concierne a la protección del demandante contra el riesgo de tratos prohibidos por el Convenio⁴⁹².

Así pues, las circunstancias evaluadas por la Corte en pos de conceder o no credibilidad a tan beneficiosos avales serán las siguientes: Si los términos de las garantías han sido revelados a la Corte; si esas garantías de cariz securitario son específicas; o, por el contrario, generales y vagas; qué Estado es el otorgante de las garantías; si las garantías se han emitido por el gobierno central del Estado receptor y por lo tanto, si cabe entender que las autoridades regionales y locales respetarán su cometido; si al otorgar las garantías se hace referencia a cuáles son los tratos legales o ilegales en el Estado receptor; si dichas garantías han sido dadas por un Estado contratante; si el cumplimiento de las garantías puede verificarse de forma objetiva a través de mecanismos de supervisión diplomáticos u otros, además de si se proporciona al solicitante el acceso a abogado sin restricciones; si existe un sistema eficaz contra la tortura en el Estado receptor; si el Estado receptor está dispuesto a cooperar con mecanismos de supervisión internacionales y si está dispuesto a investigar las denuncias de tortura y a castigar a los responsables; si el solicitante ha sido previamente maltratado en el Estado receptor y si la fiabilidad de las garantías ha sido examinada por los tribunales nacionales del Estado contratante que expulsa al individuo en cuestión⁴⁹³.

Como se puede observar, la Corte ocupa en este sentido el punto de apoyo por excelencia del sujeto que va a ser expulsado, jugando un papel activo en la evaluación de las garantías otorgadas por el Estado receptor del individuo cuya expulsión se estudia.

⁴⁹² Caso *Sellem contra Italia*, 5 de mayo de 2009, párrafo 39.

⁴⁹³ Todas estas circunstancias vienen enumeradas en el Caso *Othman (Abu Qatada) contra Reino Unido*, *cit.*, párrafos 187 y ss.

A.2.2) La expulsión de extranjeros enfermos hacia países que no cuenten con la asistencia sanitaria precisa

Al albur de los acontecimientos que pueden rodear a una expulsión, resulta fundamental hacer hincapié en aquéllos susceptibles de propiciar un tratamiento no del todo acorde con los parámetros del artículo 3 CEDH y materializados en la ausencia de asistencia sanitaria adecuada en el Estado de destino, lo que, evidentemente, puede suponer un grave perjuicio para la reinserción social del infractor extranjero.

En esta línea, hemos de anotar que no solo la ausencia de una asistencia sanitaria adecuada puede conculcar el artículo 3 CEDH, sino que el sufrimiento debido a una enfermedad que sobreviene de forma natural puede vulnerar el artículo 3 si existe el riesgo de que dicho sufrimiento se vea intensificado a causa de un trato del que las autoridades sean consideradas responsables⁴⁹⁴.

Es este el lance del Caso *Yoh-Ekale Mwanje contra Bélgica*, de 20 de diciembre de 2011. En este supuesto, *Katherine Yoh-Ekale Mwanje*, enferma de SIDA, residente en Bruselas y nacional de Camerún alegaba que su expulsión a Camerún supondría una vulneración del artículo 3 CEDH puesto que en Camerún el acceso a los medicamentos que necesitaba, así como el tratamiento de la enfermedad eran muy difíciles.

La Corte comprobó que los medicamentos que necesitaba Katherine en la fase en la que se encontraba estaban disponibles en Camerún, empero, su acceso era complicado, dado que su distribución era marginal y beneficiaba sólo a un 1,89% de pacientes.

En esta línea, afirmó que privar a Katherine de esos medicamentos conllevaría un deterioro de su estado de salud, así como una afectación de su pronóstico vital a corto o medio plazo. Empero, estableció que tales circunstancias no eran suficientes para conculcar el artículo 3 CEDH.

Así pues, con base en los argumentos esgrimidos por la Corte en dicho supuesto, consideró que las circunstancias expuestas *supra* no eran suficientes para entender vulnerado el artículo 3 CEDH puesto que como norma general dicho precepto no entrañaba la obligación del Estado contratante de proporcionar una cobertura ilimitada de la salud a todos los extranjeros desprovistos del derecho de permanecer en su territorio, dado que afirmar lo contrario sería colocar una carga muy pesada en el Estado contratante.

En este sentido, la Corte consideraba que los no nacionales que van a ser expulsados no podían reivindicar el derecho a quedarse en el territorio de un Estado

⁴⁹⁴ Caso *N contra Reino Unido*, 27 de mayo de 2008, párrafo 29.

contratante con la finalidad de seguir beneficiándose de sus servicios médicos o sociales.

A renglón seguido, si en caso de expulsión por el Estado contratante el demandante sufría una degradación importante de su situación, y particularmente una reducción significativa de su esperanza de vida, esa circunstancia no sería suficiente para conllevar una contravención del artículo 3 CEDH.

Ahora bien, la Corte matizó esas afirmaciones considerando que la decisión de expulsar a un extranjero aquejado de sufrir una enfermedad física o mental grave a un país donde los medios para tratar esa enfermedad eran inferiores a los del Estado contratante resultaba susceptible de conminar a plantearse una vulneración del artículo 3 CEDH aunque solamente en casos muy excepcionales, tales como que el extranjero se encontrara muy grave y próximo a la muerte, que el extranjero no pudiera beneficiarse de cuidados médicos en su país de origen y que no tuviera en su país de origen a ningún pariente que pudiera ocuparse de él y que ni siquiera pudiera proporcionarle un techo, un mínimo de alimentos o apoyo social.

Con base en esas tres circunstancias, la Corte consideró que este caso no estaba marcado por particularidades humanitarias imperiosas cuyo quebrantamiento supusiera una violación del artículo 3 CEDH, por lo tanto, se concluyó afirmando que la expulsión de esta extranjera hacia Camerún no entrañaría una transgresión del precepto aludido.

Resulta sorprendente cómo habiéndose demostrado que la expulsión a Camerún conllevaría una degradación del estado de salud de la demandante⁴⁹⁵, se otorgó luz verde a la misma a pesar de que los delitos cometidos por Katherine eran falsificación de documento público y contracción de un matrimonio de conveniencia, delitos que no entrañaban ni entrañan un elevado índice de gravedad y que, a nuestro juicio, no merecen tal retribución.

En relación con lo anteriormente expuesto, en el Caso *Josef contra Bélgica*, de 27 de febrero de 2014, la Corte consideró que el hecho de que un extranjero en caso de expulsión conociera una degradación muy importante de su situación, y particularmente una reducción significativa de su esperanza de vida, no sería suficiente para comportar una violación del artículo 3, afirmación que resulta, cuanto menos, sorprendente⁴⁹⁶.

En este caso en concreto, la Corte sabía que el acceso a los medicamentos era aleatorio y que a falta de recursos suficientes la distribución gratuita de tratamientos

⁴⁹⁶ Caso *Josef contra Bélgica*, 27 de febrero de 2014, párrafo 120.

contra el sida no beneficiaba a la mayoría de las personas que los necesitaban. No obstante, la Corte consideró que al estar la enfermedad bajo control y no encontrarse el individuo expulsado en estado crítico, éste estaría totalmente apto para viajar.

En esta tesitura, se puede vislumbrar que la Corte parece establecer la línea roja para vulnerar el artículo 3 CEDH en el hecho de que el individuo cuya expulsión se estudia se encuentre en una fase crítica de su enfermedad en el momento presente del acuerdo de la expulsión.

Esta idea también se refleja en otro supuesto cronológicamente anterior, el Caso *D. contra Reino Unido*, de 27 de mayo de 2008. En esta ocasión, la problemática giraba en torno a un extranjero infractor que iba a ser expulsado a Saint Kitts y que había llegado a una fase muy avanzada de sida.

Así, cuando el Tribunal se pronunció sobre su causa, el extranjero se encontraba muy próximo a su muerte, habiendo recibido asistencia psicológica para enfrentarse a la misma.

Las pruebas que se aportaron al tribunal corroboraron que los centros médicos de Saint Kitts no se encontraban en condiciones de aplicarle el tratamiento necesario⁴⁹⁷. La Corte dio luz verde a esa expulsión con el argumento de que el individuo estaba en condiciones de viajar aun sabiendo que el acceso a los medicamentos en Nigeria era muy complicado y que, evidentemente, ese difícil acceso traería como consecuencia un empeoramiento del estado de salud del sujeto expulsado, poniéndose colateralmente en tela de juicio las posibilidades de reinserción social del mismo.

Este punto de vista en cierto grado estoico respecto de las enfermedades de los infractores extranjeros expulsados ha cambiado recientemente a raíz del Caso *Paposhvili contra Bélgica* de 13 de diciembre de 2016, un cambio que en palabras de KLAUSSER supone “Una decisión muy importante en lo concerniente a la protección contra la expulsión de extranjeros enfermos respecto al artículo 3 CEDH”⁴⁹⁸.

El protagonista de este caso fue un nacional de Georgia que tenía leucemia y un pronóstico vital comprometido. El sujeto se encontraba en Bélgica con su familia, país que se negaba a otorgarle la regularidad de su residencia y que por tanto iba a expulsarle con base en determinados delitos que había cometido, concretamente, robos, robos con violencia y pertenencia a una organización criminal en aras de obtener ventajas

⁴⁹⁷ Caso *D. contra Reino Unido*, 27 de mayo de 2008, párrafo 53-55.

⁴⁹⁸ KLAUSSER, N., *Malades étrangers: La CEDH se réconcilie (presque) avec elle-même et L'Humanité*, en *La Revue des Droits de L'homme*, 2013, p. 2.

patrimoniales. El estado de salud de este sujeto se encontraba estabilizado gracias a su estancia en Bélgica, donde disponía del tratamiento necesario. Se había constatado que, si el tratamiento era interrumpido, su esperanza media de vida se vería reducida. En este orden de hechos, el requirente hizo saber que los tratamientos que estaban disponibles en Bélgica no se encontraban disponibles en Georgia. Evidentemente, la Corte consideró que esas afirmaciones no estaban desprovistas de credibilidad. El sujeto hizo varias demandas de regularización de residencia con el fundamento de que en Georgia no podría recibir el tratamiento, a lo que el Estado belga contestaba que no tenía derecho a residir en Bélgica en virtud de los delitos que había cometido. El individuo murió mientras este proceso de regularización de residencia se estaba tramitando. Finalmente, el TEDH afirmó que, si el requirente hubiera sido expulsado a Georgia sin que las autoridades belgas hubieran evaluado, conforme al artículo 3 CEDH el riesgo asumido por el sujeto a la luz de los datos relativos a su estado de salud y a los tratamientos disponibles en Georgia, hubiera existido una violación de dicho precepto por parte del Estado belga⁴⁹⁹.

A modo de conclusión, tal y como se puede comprobar, la actividad jurisprudencial del TEDH ha jugado un papel muy importante y clarificador en la configuración del *estatus* que ocupan los extranjeros extracomunitarios infractores frente a los Estados Parte de la CEDH⁵⁰⁰, y respecto de la posición que van a ocupar los mismos a la hora de que se pretenda practicar una expulsión.

IV.3.4) Modificaciones introducidas en el artículo 89 CP tras la LO 5/2010

La tercera reforma del artículo 89 CP fue llevada a cabo por la LO 5/2010. Tal y como explica BOZA MARTÍNEZ, el origen de la voluntad de reformar el artículo 89 CP parecía encontrarse en el ya referenciado papel que el TS ocupó con relación al carácter imperativo de la sustitución por la expulsión, sin realizar un juicio de ponderación e *inaudita parte*.

Así, en esta línea, en opinión del citado autor, se implantó en dicho precepto una cierta flexibilización de la expulsión penal que se manifestaba en determinados cambios

⁴⁹⁹ Caso *Paposhvili contra Bélgica*, 13 de diciembre de 2016, párrafo 206.

⁵⁰⁰ KLAUSSER, N., *Malades étrangers: La CEDH se réconcilie (presque) avec elle-même et L'Humanité*, *op cit*, p. 150.

de las situaciones de expulsión⁵⁰¹. No obstante, estamos con TORRES FERNÁNDEZ al afirmar que las modificaciones en el nuevo texto fueron muy limitadas⁵⁰².

Así pues, en la línea de la versión anterior, se seguía manteniendo el carácter imperativo de la expulsión dado que se seguía utilizando la locución “serán expulsadas”, se seguía manteniendo la obligatoriedad de la expulsión del extranjero cuando éste accediera al tercer grado penitenciario o cumpliera las tres cuartas partes de la condena, no sólo en caso de que el extranjero fuera condenado a pena privativa de libertad superior a seis años, sino a cualquier tipo de duración. De esta suerte, también se introdujo la posibilidad de utilizar los centros de internamiento de extranjeros (en adelante CIE) como medida para asegurar la expulsión.

En este sentido, la flexibilización a la que se acaba de hacer alusión se traducía en determinadas modificaciones que significaban un menor alejamiento de la prevención especial positiva, aunque, a nuestro entender, gran parte de la nueva versión seguía manteniendo los postulados de la anterior. Dichas transformaciones fueron las siguientes: reconocimiento de la posibilidad de que, en caso de que la expulsión no pudiera llevarse a cabo, se pudiera aplicar tanto la suspensión de la ejecución de la condena o la sustitución de la misma en los términos indicados en el artículo 88 CP, recuperación de la audiencia previa del penado como método que permitía garantizar los derechos del mismo, y la erradicación de la obligación de acordar en sentencia la expulsión cuando el penado hubiera sido condenado a una pena superior de seis años.

A continuación, se desarrollarán estas innovaciones.

A) Inclusión de los mecanismos sustitutivos previstos en el CP con carácter excepcional

La inclusión de la posibilidad de los extranjeros infractores de acogerse a otros mecanismos de sustitución de la condena, como podía ser el previsto en el artículo 88 CP, fue una reforma que tal y como se explicó en el epígrafe anterior, venía siendo reclamada tanto por parte de la doctrina como por la jurisprudencia⁵⁰³.

⁵⁰¹ BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89CP*, op cit, p. 248; GARCÍA ESTEBAN, M., *Expulsión de los extranjeros en el Código Penal*, op cit, p. 56; JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, 2011, p. 40.

⁵⁰² TORRES FERNÁNDEZ, ME., *La expulsión de extranjeros en el Derecho Penal*, op cit, p. 196.

⁵⁰³ Entre otros: FERRER GUTIÉRREZ, A., *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, op cit, p. 216; JUANES PECES, A., *Código Penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, op cit, p. 669; SANZ MULAS, N., *La pena privativa de libertad y sus alternativas*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo VI. Derecho Penitenciario*, op cit, p. 31; PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, op cit, p. 380; LAFONT NICUESA, L., *La sustitución*

Así, en el primer apartado de la anterior versión del artículo 89 se establecía que la expulsión se llevaría a efectos sin que fuera de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 CP, preceptos que recogen diversas formas de sustitución de la condena. Empero, la imposibilidad del aprovechamiento de estas medidas por parte de los extranjeros infractores no quedaba lo suficientemente aclarada, ya que al final de dicho párrafo, se establecía que, en el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procedería al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente. Las consecuencias de esta regulación no resultaban pues del todo diáfanas, puesto que, si se había establecido que; si la expulsión no podía llevarse a efecto se procedería al cumplimiento de la pena impuesta o del período de condena pendiente, ¿en qué situación quedaban aquí los referenciados sustitutivos penales?

En esta línea, ante esta problemática, la doctrina consideró que se podrían aplicar también los sustitutivos penales a los extranjeros infractores respecto de los cuales no se hubiera podido llevar a cabo la expulsión inicialmente acordada. También el TC en su conocido auto 132/2006 de 4 de abril expresó el mismo parecer, al igual que se establecía en la Circular FGE 2/2006.⁵⁰⁴

judicial de las penas y medidas de seguridad por la expulsión, en LAFONT NICUESA (coord.), *Extranjería. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, op cit, p. 214; MONCLÚS MASÓ, M., *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, op cit, p. 430; IGLESIAS SKULJ, A., Otras medidas alternativas a la privación de libertad, en FARALDO CABANA, P y PUENTE ABA, L., *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, op cit, p. 448; MARTÍNEZ PARDO, VJ., La expulsión de los extranjeros como sustitutiva de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad, op cit, p. 48; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., Inmigración, derechos humanos y política criminal, ¿hasta dónde estamos dispuestos a llegar?, en *Indret*, nº3, 2009, p. 23; MUÑOZ RUÍZ, J., La expulsión penal, nuevas tendencias legislativas, op cit, p. 35; MUÑOZ LORENTE, J., La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003, op cit, p. 62; MANZANARES SAMANIEGO, J., *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, op cit, p. 97; ARMENDÁRIZ LEÓN, C., Alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad, en ARMENDÁRIZ LEÓN, C, GÓMEZ LANZ, J, BELTRÁN NÚÑEZ, A y OBREGÓN GARCÍA, A., *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, op cit, p. 134; DE LA ROSA CORTINA, JM., La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003, op cit, p. 6; ÚBEDA DE LOS COBOS, JJ., La modificación del régimen de expulsión de extranjeros como sustitutivo de la pena de prisión en la reforma del Código Penal, op cit, p. 6; ENCINAR DEL POZO, MA., Extranjeros en prisión: Valoración crítica del artículo 89.1 del Código Penal, en DE CASTRO, A y SEGOVIA BERNABÉ, JL., *El juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, op cit, p. 297; RÍOS MARTÍN, JC., Las alternativas a la prisión, en ECHAVARRI GARCÍA, MA (dir.), *Las penas y las medidas de seguridad*, op cit, p. 307; TOMÉ GARCÍA, JA., Sustitución de las penas privativas de libertad impuestas al extranjero por su expulsión (art.89 CP), en GASCÓN INCHAUSTI (coord.), *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal*, Thomson Reuters, 2011, p. 112.

⁵⁰⁴ GARCÍA DE PAZ, I., Artículo 89, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2010, p. 404.

En esta línea, el Anteproyecto de reforma del CP del 2006 omitía cualquier alusión al acceso de los extranjeros infractores a los substitutivos penales⁵⁰⁵, fenómeno opuesto a lo que acontecía en el Proyecto de 2009 que reconocía la posibilidad de acceder a la suspensión de la ejecución de la pena o a su substitución conforme al artículo 88 CP si finalmente la expulsión no podía llevarse a cabo⁵⁰⁶.

Partiendo de estos antecedentes, la nueva versión definitiva que se incorporó con la LO 5/2010 sí introducía la opción para los extranjeros infractores de poder acceder a la suspensión de la ejecución de la pena que había sido originariamente impuesta, o del período de condena pendiente, o a su substitución de acuerdo a lo establecido en el artículo 88 CP. De esta guisa, una parte de la doctrina consideró plausible dicha reforma dado que, a pesar de no hacerse alusión a los artículos 80 y 87, y de que dicha posibilidad sólo se aplicaría en caso de que la expulsión no pudiera llevarse a cabo, se trataba de una mejora importante⁵⁰⁷.

Por el contrario, otros autores consideraban que esta nueva regulación seguía siendo desconsiderada con la prevención especial positiva al subordinar el acceso del extranjero a los regímenes generales de suspensión condicional y substitución vía artículo 88 CP al supuesto de que la expulsión originariamente impuesta no pudiera llevarse a efecto⁵⁰⁸.

A nuestro entender, siguiendo esta segunda línea doctrinal consideramos que esta reforma supuso apenas un ligero avance en materia de reinserción social, puesto que, reproduciendo la opinión que dimos al analizar los substitutivos penales en la anterior versión del 2003, la posibilidad de acceder en este caso a la substitución del artículo 88

⁵⁰⁵ Al respecto, el Anteproyecto simplemente establecía que en caso de que la pena originariamente impuesta no pudiera ser substituida se procedería a la ejecución de la misma o al período de condena pendiente. Véase en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M, DURÁN SECO, I, OLAIZOLA NOGALES, I y JERICÓ OJER, L., *Extranjería y Derecho Penal: Las últimas reformas*, op cit, p. 84 y 85.

⁵⁰⁶ TERRADILLOS BASOCO, JM., Reflexiones y propuestas sobre inmigración. En torno al Proyecto de reforma del Código Penal de 2009, en *Indret*, nº 2010, p. 11.

⁵⁰⁷ MANZANARES SAMANIEGO, JL., *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Comentarios y jurisprudencia)*, Comares, 2010, p. 714; CUGAT MAURI, M., La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros (art.89 CP), en QUINTERO OLIVARES, G (dir.), *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, Thomson, 2010, p. 105; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Marcial Pons, 2011, p. 735; GUIASOLA LERMA, C., La reforma del Código Penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida substitutiva de penas privativas de libertad (art.89CP), en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ y GONZÁLEZ CUSSAC, JL (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 131, entre otros.

⁵⁰⁸ BRANDÁRIZ GARCÍA, JA., *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*, op cit, p. 225; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes, op cit, p. 22; JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, op cit, p.40.

debería contemplarse desde el principio y no cuando resultara imposible llevar a cabo la expulsión.

B) Disminución del grado de automaticidad de la expulsión

Una de las modificaciones que, a nuestro entender, denotaba un menor distanciamiento de la función preventivo especial positiva de las penas respecto de la reforma anterior, y una de las más relevantes, vino marcada por la disminución del grado de automaticidad de la expulsión. Esta disminución se conseguía a través del reconocimiento explícito en el texto penal de la conminación de escuchar previamente al acusado extranjero antes de acordar la expulsión, a efectos de poder comprobar la existencia o ausencia de razones que justificaran el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español⁵⁰⁹, y a través de la ampliación de las causas que podían justificar el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario de España.

En esta línea, tal y como expone GUIASOLA LERMA, la disminución del grado de automaticidad fue fruto de una intención manifestada, tanto en el Proyecto de LO, aprobado el 15 de diciembre de 2006, de reforma del CP, como en el último proyecto de 2009⁵¹⁰.

En esta tesitura, otro de los avances lo constituiría la ampliación, aunque vaga y abierta, de las causas que podían justificar el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español. De esta suerte, si bien en el texto anterior se establecía que la única razón para que un extranjero cumpliera su condena en un centro penitenciario español era que la naturaleza del delito lo justificara, tras la nueva redacción del artículo 89 CP se estableció que no se llevaría a cabo la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión cuando el juez o tribunal, previa audiencia del penado, del MF y de las partes personadas, de forma motivada apreciara razones que justificaran el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español.

Al hacer mención a “razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español” se hacía referencia, como explica MIR PUIG, a que no sólo se habrían de tener en cuenta las circunstancias objetivas relativas al delito, sino, en

⁵⁰⁹ JUANES PECES, A., *Código Penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, *op cit*, p. 660; CARDENAL MONTRAVETA, S., artículo 89, en CORCOY BIDASOLO, M y MIR PUIG, S (dirs)., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 228.

⁵¹⁰ GUIASOLA LERMA, C., La reforma del Código penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad (art. 89 Cp), en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ y GONZÁLEZ CUSSAC, JL (dirs)., *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, 2010, p.131.

particular, las personales y las familiares del sujeto⁵¹¹, lo cual, en opinión de la doctrina, conllevaba una flexibilización del precepto⁵¹².

En este sentido, aunque esta modificación permitía el manejo de criterios más amplios para evitar la expulsión⁵¹³, estamos con GUIASOLA LERMA⁵¹⁴ al considerar que hubiera sido deseable que el legislador hubiera especificado en el texto penal los criterios que debería utilizar el juez a la hora de ponderar si el penado extranjero iba a permanecer en España o no, tales como: La naturaleza del delito y la gravedad del mismo, ya que, como especificaban diversos autores como RECIO JUÁREZ o MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ⁵¹⁵, llevando a cabo una sustitución de delitos graves no se contribuía a alcanzar la finalidad preventivo especial positiva de las penas; el arraigo del extranjero; la situación familiar; el pronóstico de reinserción social que se derive de la persona del extranjero; el que se tratara de nacionales de países donde no fuera posible la expulsión por correr riesgo su vida si esta se efectuaba, etc.

En este orden de hechos, si bien el grado de automaticidad del precepto fue disminuido a través de la introducción en el texto de la obligatoriedad del trámite de audiencia previa y de la erradicación de la consideración de la naturaleza del delito como único elemento que pudiera justificar el cumplimiento de una condena en España, se ha de destacar que se seguía manteniendo el criterio de la imperatividad de la expulsión, dado que en su redacción se utilizaba la fórmula imperativa “serán sustituidas”, en vez de “podrán ser sustituidas” tal y como ocurría en el CP de 1995⁵¹⁶.

⁵¹¹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, 2011, p. 715; MUÑOZ RUÍZ, J., La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas, op cit, p. 28.

⁵¹² En este sentido TORRES FERNÁNDEZ, ME., *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, op cit, p. 196; GARCÍA ARÁN, M y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte General. 9ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 622; TOMÉ GARCÍA, JA., Sustitución de las penas privativas de libertad impuestas al extranjero por su expulsión (art.89 CP), op cit, p. 111.

⁵¹³ GARCÍA ARÁN, M., Título III. De las penas, en CÓRDOBA RODA, J y GARCÍA ARÁN, M., (dirs) *Comentarios al Código Penal. Parte General*, op cit, p. 735.

⁵¹⁴ GUIASOLA LERMA, C., La reforma del Código Penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de penas privativas de libertad (art 89 CP), op cit, p.132. Véanse también al respecto: RODRIGUEZ YAGÜE, C., El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes, op cit, p.20; TOMÉ GARCÍA, JA., Situación de las penas privativas de libertad impuestas al extranjero por su expulsión (art 89 CP), op cit, p.147.

⁵¹⁵ MAGRO SERVET, V y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, op cit, p. 187; RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, Dykinson, 2016, p. 87; ÚBEDA DE LOS COBOS, JJ., La modificación del régimen de expulsión de extranjeros como sustitutivo de la pena de prisión en la reforma del Código Penal, op cit, p. 6; LASCURAÍN SÁNCHEZ, JA., De la sustitución de las penas privativas de libertad, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G (dir) y BARREIRO, AJ (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, 1997, p. 291.

⁵¹⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, op cit, p. 148.

Todo ello, a pesar de que tanto en el Anteproyecto del 14 de julio de 2006 como en el del 23 de julio de 2009 se abogaba por el retorno a la fórmula facultativa de la versión del 1995⁵¹⁷, pero en este último, a pesar de utilizar una fórmula potestativa, se establecía que la expulsión sería preferente salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del MF, apreciara que la naturaleza del delito justificara el cumplimiento de la condena en España⁵¹⁸. Siguiendo a TOMÉ GARCÍA, consideramos que hubiera sido deseable retornar a la fórmula facultativa de la sustitución de la pena impuesta por la expulsión, tal y como se establecía en el Anteproyecto de 2006⁵¹⁹.

En este sentido, el TS asentó el decálogo de circunstancias que se habría de ponderar a la hora de expulsar a un foráneo, encontrándose dentro del mismo las siguientes: Que el extranjero fuera residente en situación irregular; que hubiera sido condenado con una pena no grave inferior a seis años de prisión; que la expulsión hubiera sido solicitada por el MF o, eventualmente, por otra acusación personada; que el interesado hubiera sido escuchado previamente sobre la cuestión, y que la expulsión no implicase una ruptura de la convivencia familiar, por existir ésta y ser de cierta entidad por el número de miembros familiares, estabilidad alcanzada y dependencia económica del posible expulsado⁵²⁰.

Así, a pesar de la protección que con acierto se hizo a partir de esta reforma de las circunstancias personales del extranjero infractor, el TS consideró que dicho trámite no suponía que el órgano jurisdiccional, de oficio, tuviera la obligación de investigar esas circunstancias personales del foráneo así como cualesquiera otras que potencialmente pudieran justificar o excepcionar la expulsión prevista en la norma, sino que era suficiente con que hubiera existido una posibilidad de que el acusado propusiera una prueba sobre los hechos pertinentes y alegase lo que conviniera sobre el particular⁵²¹.

⁵¹⁷ TORRES FERNÁNDEZ, ME., *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, op cit, p. 198; TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Política penal europea de inmigración*, op cit, p. 990.

⁵¹⁸ TERRADILLOS BASOCO, JM., *Reflexiones y propuestas sobre inmigración*. En torno al Proyecto de reforma del Código Penal de 2009, op cit, p. 8.

⁵¹⁹ TOMÉ GARCÍA, JA., *Sustitución de las penas privativas de libertad impuesta al extranjero por su expulsión* (art.89 CP), op cit, p. 115.

⁵²⁰ STS, Sala Segunda de lo Penal de 24 de noviembre de 2010, Fundamento de derecho onceavo, Ponente D. JUAN RAMÓN BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE.

⁵²¹ STS, Sala Segunda de lo Penal de 3 junio de 2014, Fundamento de derecho quinto, Ponente D. ANDRÉS PALOMO DEL ARCO; STS, Sala Segunda de lo Penal de 13 de noviembre de 2014, Fundamento de derecho primero, Ponente D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA; STS, Sala Segunda de lo Penal de 26 de junio de 2014, Fundamento de Derecho segundo, Ponente D. MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA; STS, Sala Segunda de lo Penal de 18 de junio de 2014, Fundamento de derecho segundo, Ponente D. JOSÉ RAMÓN SORIANO SORIANO.

En definitiva, se puede concluir afirmando que la principal novedad de esta reforma y por la que mostraba un mayor acercamiento a la reinserción social de los infractores extranjeros que con la versión anterior venía de la mano de la humanización manifestada a través del afán del legislador de proporcionar una intervención al penado y a las partes personadas antes de adoptar la decisión de la expulsión, decisión que continuaba siendo imperativa⁵²², que no automática, amortiguando así la yerta mecanización a la que tenía acostumbrado el legislador antes de la reforma del 2010⁵²³, ya que, en palabras de TOMÉ GARCÍA, “*no han sido excepcionales las resoluciones en las que los tribunales no entraban a analizar las mencionadas circunstancias y, amparándose en la redacción del art.89 CP, procedían a acordar la expulsión sustitutiva sin más, aun tratándose de delitos castigados con penas privativas de libertad de escasa duración*”⁵²⁴. De esta suerte, sirva de ejemplo la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal de Manresa núm.1, de 18 de junio de 2006, revocada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de noviembre de 2006, en la que se condenaba al acusado como autor de un delito intentado de robo con fuerza en las cosas, a la pena de seis meses de prisión, penitencia que se sustituía por la expulsión del territorio español con una prohibición de regreso al mismo de diez años. La Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso dejando sin efecto la expulsión dado que no se había escuchado previamente al penado, habiendo presentado este al inicio del juicio documentación personal, no cuestionada por el Fiscal, que ponía de manifiesto que el sujeto, que carecía de antecedentes penales, estaba casado con una ciudadana española, y que tenía una hija pequeña nacida el 9 de julio de 2005 en común con su citada esposa, que toda la familia tenía su domicilio y estaba empadronada en Manresa y que, por lo tanto, gozaba de suficiente arraigo en España⁵²⁵.

C) El internamiento en CIE como garantía de la ejecución de la expulsión

Otra de las novedades que introdujo la LO 5/2010 consistía en la posibilidad de utilizar los CIE como herramientas para asegurar la expulsión, esto es, como un

⁵²² En efecto, la Circular FGE 5/2011, p. 1669-1670, dispone que la solicitud de expulsión del territorio español deberá ser la regla general.

⁵²³ GARCÍA ESTEBAN, M., Expulsión de extranjeros en el Código Penal, op cit, p. 47.

⁵²⁴ TOMÉ GARCÍA, JA., Sustitución de las penas privativas de libertad impuesta al extranjero por su expulsión (art.89 CP), op cit, p. 145.

⁵²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sección quinta, núm 86/2006, de fecha 2 de noviembre de 2006. Magistrado Ponente D. Augusto Morales Limia.

mecanismo que permitiera tener localizado al extranjero mientras se tramitaba su correspondiente expulsión, ya que generalmente son dos las causas que suelen implicar un retraso en la materialización de la expulsión: la falta de transporte con destino al país de retorno, y las derivadas de las dificultades para la documentación del extranjero, que serán provocadas por la ausencia del correspondiente visado o la negativa del Estado de origen a admitir al expulsado⁵²⁶.

Así, el apartado sexto del artículo 89 establecía que, cuando al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encontrara o no quedase efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal podría acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un CIE, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa”. El mismo rol asegurativo de las expulsiones como sustitutivas de la condena penal les otorgaba el artículo 1 del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros (en adelante RCIE).

Teóricamente, se trataba de una medida cuya adopción requeriría de la existencia de sólidos indicios de que el acusado iba a sustraerse a la ejecución de su expulsión, valorándose las circunstancias concurrentes en el caso, la mayor o menor probabilidad de su huida, o cualquier otra que el juez estimara relevante para adoptar su decisión, dado que el internamiento del extranjero se debía regir por el principio de excepcionalidad y su libertad debía ser respetada, salvo que se estimara necesaria la pérdida de la misma⁵²⁷. Así, en un principio, si el foráneo comparecía en la fase de instrucción, en la celebración del juicio oral, así como siempre que hubiera sido solicitado al efecto, y siempre se le localizaba en el domicilio facilitado en instrucción a dicho fin, no resultaría acreditada la existencia de una auténtica voluntad de sustraerse a la acción de la justicia, y por lo tanto, no sería necesario hacer uso de un CIE para asegurar su expulsión⁵²⁸.

Apelando a la consideración que en el artículo 89 CP se realiza de los CIE como instalaciones tendentes a asegurar una expulsión, resulta interesante dilucidar cuál pudo ser el porqué de la introducción de este apartado sexto en el artículo 89 CP. En esta línea, TOMÉ GARCÍA establece como hipótesis que el fundamento de la utilización de los CIE

⁵²⁶ RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, *op cit*, p. 240.

⁵²⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Navarra núm 95/2016 de 9 de marzo, sección segunda. Magistrado Ponente D. RICARDO GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

⁵²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sección novena, núm 750/2015, de fecha 8 de octubre de 2015, Magistrado Ponente D. JULIO HERNÁNDEZ PASCUAL.

para asegurar una expulsión podría encontrarse en la necesidad de descongestionar los centros penitenciarios⁵²⁹, pues desde el año 2003, año en que entró en vigor la LO 11/2003, de 29 de septiembre, hasta el año 2009, el número de extranjeros en prisión se había visto incrementado considerablemente, tal y como se puede ver en la tabla nº1 que se expone a continuación.

Tabla nº1. Incremento del número de internos extranjeros en los centros penitenciarios españoles

Año	Nºtotal de internos	Nº internos extranjeros	porcentaje de internos extranjeros respecto al total de internos
2003	56096	15205	27,10%
2004	59375	17302	29,14%
2005	61054	18616	30,49%
2006	64021	20643	32,24%
2007	67100	22977	34,24%
2008	47357	26201	55,32%
2009	76079	27162	35,70%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos obtenidos del Observatorio Criminológico del Sistema Penal ante la Inmigración.

En esta tesitura, con esta nueva regulación se abrían dos posibilidades a la hora de acordar una medida de expulsión, o bien se aplicaba el ingreso en un CIE cuya duración no podía ser superior a sesenta días naturales por mor del artículo 62 LOEX, o se aplicaba la disposición adicional decimoséptima de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, que establecía que la sentencia que acordara la expulsión dispondría la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad impuesta hasta que la autoridad gubernativa materializase la expulsión, disponiéndose en este último caso de treinta días para llevar a cabo la misma.

Ahora bien, a nuestro entender, dicha herramienta jurídica no parece tener ningún nexo con la consecución de la reinserción social de los infractores extranjeros que no hayan cometido un delito grave y cuya expulsión se haya acordado con base en circunstancias personales, tales como la existencia de familiares en el país de origen.

⁵²⁹ TOMÉ GARCÍA, J., *Internamiento preventivo de extranjeros conforme al nuevo reglamento de los CIE*, op cit, p.226.

A nuestro entender, este problema trae causa de la propia regulación que al respecto se hace de los CIE, donde conviven extranjeros que han cometido una infracción administrativa con extranjeros que han cometido un delito y van a ser expulsados en virtud del artículo 89.6⁵³⁰. En efecto, la separación entre ambos grupos no se reconoce legalmente de forma explícita, sólo el artículo 7.3 RCIE establece que “*se procurará que las instalaciones permitan la separación de los condenados, internados en virtud del artículo 89.6 del Código Penal, o que tengan antecedentes penales, de aquellos otros que se encuentren internos por la mera estancia irregular en España*”. En esta línea, tal y como afirma DAUNIS RODRÍGUEZ, la norma deja abierta la posibilidad de que convivan en un mismo espacio extranjeros condenados a una pena de prisión, con extranjeros que sólo han cometido una infracción administrativa⁵³¹.

De esta suerte, la FGE, en su circular 5/2011, ya consideraba que el ingreso de un condenado extranjero a pena de prisión en un CIE parecía incompatible con el ingreso cautelar en el mismo, dado que al ser establecimientos de carácter no penitenciario no carecían de medidas de seguridad adecuadas y de personal cualificado⁵³².

En efecto, en virtud de un informe de la Fundación Pueblos Unidos en el año 2015, en ninguno de los siete CIE existentes en España se ha tenido constancia de que existan módulos para separar a internos que se encuentren en el mismo por la comisión de una infracción administrativa, de internos a los que se les haya sustituido la pena de prisión por la expulsión, y en este sentido, tampoco se especifica que se establezcan módulos para separar a los internos que hayan cometido algún delito y que se encuentren en un CIE por mor de lo establecido en el artículo 89.6 CP⁵³³.

Siguiendo este hilo argumental, si bien legalmente no se obliga de una forma explícita a una separación entre internos condenados e internos que hayan cometido una infracción administrativa, tampoco se reconoce legalmente la obligación de separar dentro del CIE a los internos que estén allí en virtud del artículo 89.6 CP en función de

⁵³⁰ RÍOS, J, SANTOS, E y ALMEIDA, C., *Manual para la defensa de los derechos humanos de las personas extranjeras encerradas en los Centros de Internamiento*, Gakoa, 2014, pp. 54-55.

⁵³¹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., Reglamento de los Centros de Internamiento de Extranjeros: Una nueva oportunidad perdida, en *Diario La Ley*, 2014, p.16.

⁵³² Página 1644.

⁵³³ Situación actual de los centros de internamiento de extranjeros en España y su adecuación al marco legal vigente. Informe elaborado por las Clínicas Jurídicas de ICADE (Universidad Pontificia Comillas), Per la Justicia Social (Universidad de Valencia), Dret al Dret (Universidad de Barcelona) y el Observatorio de Derechos Humanos (Universidad de Valladolid), para la Organización No Gubernamental “*Pueblos Unidos Servicio Jesuita a migrantes*”.

sus características personales, tales como: emotividad, edad, estado físico y mental, si son primarios o reincidentes, etc.

Esto es lo contrario a lo que ocurre en los centros penitenciarios, ya que el artículo 16 LOGP establece que, independientemente del centro en el que tenga lugar el ingreso, se procederá, inmediatamente, a una completa separación, teniendo en cuenta el sexo, emotividad, edad, antecedentes, estado físico y mental y, respecto de los penados, las exigencias del tratamiento. En consecuencia: a) los hombres y mujeres deben estar separados, salvo en los supuestos excepcionales que reglamentariamente se determinen; b) los detenidos y presos estarán separados de los condenados, y, en ambos casos, los primarios de los reincidentes; c) los jóvenes, sean detenidos, presos o penados, estarán separados de los adultos en las condiciones que se determinen reglamentariamente; d) los que presenten enfermedad o deficiencias físicas o mentales estarán separados de los que puedan seguir el régimen normal del establecimiento; e) los detenidos y presos por delitos dolosos estarán separados de los que estén por delitos de imprudencia.

En este sentido, tal y como atestigua el referenciado artículo 16 LOGP, la separación de los internos dentro de la prisión tiene un contenido fundamental y persigue, entre otros objetivos, evitar el contagio criminógeno que puedan sufrir los internos con una corta trayectoria criminal al convivir con internos que tengan un mayor historial delictivo⁵³⁴.

Con base en estas premisas, a nuestro entender, el hecho de que no se establezca ningún criterio de separación o medida de control entre extranjeros que hayan cometido delitos y que vayan a ser expulsados desde dentro del CIE podría truncar las oportunidades de reinserción social de los mismos debido a que se produzca ese contagio criminógeno anteriormente aludido de los sujetos con una corta trayectoria delictiva por parte de los extranjeros con un historial delictivo más amplio.

En este sentido, tras la reforma del artículo 89 llevada a cabo por la LO 1/2015, en la que profundizaremos a continuación, al respecto de la peligrosidad de los sujetos que ingresaban en CIE, la Circular FGE 7/2015 abogaba por la no utilización de un uso discrecional de los CIE al establecer que

“la posibilidad de ingresar en CIE a un condenado a penas de prisión es una solución legal de la que debiera hacerse un uso restrictivo, pues los CIE

⁵³⁴ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Ejecución de penas en España. La reinserción social en retirada*, Comares, 2015, p. 103.

son establecimientos públicos de carácter no penitenciario, como claramente advierte el artículo 62bis LOEX, que no disponen ni de medidas de seguridad adecuadas ni de personal especializado en el tratamiento de convictos, y cuyo régimen normalizado de funcionamiento se ve alterado por la necesidad de separar los internos que han cometido una mera infracción administrativa de aquellos condenados en sentencia penal. Es aconsejable por ello que el ingreso en CIE sólo se acuerde para condenados a penas de prisión que por su duración y demás circunstancias concurrentes en el hecho y el autor sean virtualmente susceptibles de suspensión condicional en los términos del artículo 80 CP, pues el reo que reúne tales condiciones presenta, al menos, un perfil bajo en criminalidad que le hace más fácilmente asimilable a las condiciones y régimen de vida en un CIE”⁵³⁵.

Todo el elenco de ideas que se han expuesto con anterioridad nos lleva a apoyar la solución mantenida por BRANDÁRIZ GARCÍA, que indica que las expulsiones se deberían llevar a cabo desde la propia prisión, no solamente porque los CIE no son establecimientos de carácter penitenciario como ya se ha indicado, sino porque el tiempo que los extranjeros condenados están en un CIE es un tiempo perdido de cara a su reinserción social, pues evidentemente en los CIE no se realiza ninguna tarea de prevención especial positiva. Ahondando más en esta argumentación, si finalmente el extranjero no puede ser expulsado, tendría que reingresar en prisión, convirtiéndose así a los CIE en una extensión de la misma⁵³⁶.

⁵³⁵ Circular de la Fiscalía General del Estado 7/2015.

⁵³⁶ BRANDÁRIZ GARCÍA, JA., Centros de Internamiento de Extranjeros: Motivos para su desaparición, en *Boletín criminológico*, 2017, p. 3..

CAPÍTULO V. ACTUAL REGULACIÓN DE LA EXPULSIÓN EN EL ÁMBITO PENAL

V.1) Breve enumeración de las modificaciones introducidas por la reforma de la LO 1/2015

La última modificación del artículo 89 ha sido la operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.

Nos encontramos ante una reforma que introduce algunos cambios peculiares. Así, en primer lugar, se generaliza la expulsión a todos los ciudadanos extranjeros sin tener en cuenta la legalidad de su situación administrativa.

En segundo lugar, tanto el intervalo penológico a considerar para poder llevar a cabo la expulsión como el tipo de pena que se puede sustituir sufren modificaciones. Por un lado, el nuevo texto hace referencia a que la pena a sustituir será la pena de prisión, no haciéndose alusión a “pena privativa de libertad” tal y como se hacía en las anteriores redacciones. Por otro lado, para poder aplicar la sustitución es estrictamente necesario que la pena efectivamente impuesta sea una pena de prisión superior al año⁵³⁷, eliminándose la exigencia de que la pena a sustituir debía ser inferior a seis años tal y como se establecía en las anteriores reformas.

Se introduce un doble régimen de sustitución de las penas de prisión que no existía con la reforma del año 2010. Por un lado, para el supuesto de que la pena de prisión oscile entre el año y los cinco años, se establece que 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, estableciendo que, en cualquier caso, el extranjero será expulsado al alcanzar el tercer grado o la libertad condicional. Por otro lado, en el segundo párrafo se norma que, en caso de que la pena impuesta sea superior a cinco años o se hayan impuesto varias penas que excedan de esa duración, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de todo o parte de la pena, y que se llevará a cabo la expulsión una vez que el infractor extranjero haya cumplido dicha parte de la pena, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

⁵³⁷ Con relación a este nuevo apartado, la nueva reforma es más amplia desde la perspectiva de la expulsión desde el texto anterior de dicho artículo dado por la LO 5/2010, en la medida en que actualmente se permite la expulsión para las penas superiores a un año de prisión, y también para penas superiores a cinco años. Véase en STS, Sala segunda de lo Penal, de 3 de junio de 2016, Ponente. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA. Fundamento de Derecho segundo.

Con relación al momento de acordar la expulsión, el nuevo artículo 89 CP señala la sentencia como herramienta prioritaria, pero, al igual que con la reforma anterior, se establece la posibilidad de acordar la expulsión con posterioridad a la sentencia, siempre y cuando se escuche al fiscal y a las demás partes⁵³⁸.

Una de las novedades fundamentales de esta reforma es que las circunstancias personales del autor y su arraigo en España se introducen explícitamente en el texto como una barrera frente a la práctica de la expulsión.

En esta línea, se incluye la posibilidad de expulsar a ciudadanos comunitarios, se sigue manteniendo que la expulsión supondrá el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto la autorización para trabajar o residir en España, al igual que se sigue utilizando un doble régimen de expulsión para el caso de que el infractor extranjero quebrante la obligación de no entrar en territorio español, en función de que sea descubierto dentro del territorio nacional o en la frontera.

Los CIE se siguen empleando como herramientas para asegurar la expulsión de un extranjero infractor, acordándose la ejecución de la pena originariamente impuesta o el período de condena pendiente.

Finalmente, se sigue estableciendo un *numerus clausus* de delitos a los que no podrá aplicarse la sustitución del artículo 89 CP.

En esta tesitura, serán analizadas a continuación las reformas de este precepto que consideramos que afectan más al fin de la reinserción social de los infractores extranjeros, a saber: La ampliación del ámbito subjetivo de aplicación, la introducción del arraigo del extranjero como circunstancia de obligada ponderación antes de dilucidar sobre la expulsión, la posibilidad de que el extranjero cumpla toda o una parte de la pena antes de ser expulsado, el establecimiento del tercer grado y de la libertad condicional como vías de acceso a la expulsión, y, finalmente, la posibilidad de expulsar extranjeros comunitarios.

⁵³⁸ En efecto, la nueva reforma del artículo 89 reconoce la posibilidad de que pueda decidirse sobre la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión en la fase de ejecución. Ahora bien, esta posibilidad de diferir a un momento posterior al dictado de la sentencia la decisión sobre la expulsión sustitutiva es una posibilidad subsidiaria para el caso de que en el plenario no se dispusiera de información suficiente para poder decidir en sentencia sobre la expulsión sustitutiva o no se haya podido desarrollar el correspondiente debate contradictorio que exige la audiencia al penado extranjero. Véase en RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, op cit, p. 162.

V.1.1) La ampliación del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 89 CP

Tal y como expone GARCÍA ESPAÑA, una de las modificaciones más significativas de esta nueva reforma vendría marcada por la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación. Así, si bien con la redacción anterior del artículo 89 el ámbito subjetivo lo constituía el extranjero que no residía legalmente en España, con la actual reforma, la expulsión se aplica a los “*ciudadanos extranjeros*”, sin hacer referencia a la legalidad de su situación administrativa, es decir, podrá ser expulsado todo aquel que no sea nacional español⁵³⁹, ampliación que, como veremos y analizaremos posteriormente, abarca también a los ciudadanos comunitarios⁵⁴⁰.

Al respecto de esta ampliación, NISTAL BURÓN, entre otros, remarca que en el Preámbulo de la LO 1/2015 de reforma del CP, puede verse cómo se ajusta el límite de pena a partir del cuál podrá otorgarse la expulsión vía artículo 89 CP, a saber, pena superior a un año de prisión, a la regulación contenida en la legislación de extranjería, concretamente, en el artículo 57.2 LOEx; que, posibilita la expulsión por vía administrativa; una vez extinguida la condena; de los extranjeros condenados a pena privativa de libertad superior a un año, obligando así a los que cometen ilícitos penales a que sean expulsados una vez que cumplen la condena en España, sean residentes legales o no⁵⁴¹.

En esta línea, tal y como explican autores como ROIG TORRES o GARCÍA SAN MARTÍN, nos encontramos ante una regulación que resultaría avalada por el TEDH, que reconoce la posibilidad de expulsar a un extranjero infractor no nacional sin perjuicio de que sea residente legal o no⁵⁴².

⁵³⁹ GARCÍA ESPAÑA, E., La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015, ¿de la discriminación a la reinserción?, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº18-07, 2016, p. 18. En este sentido, véase también VILLACAMPA ESTIARTE, C., Las alternativas a la prisión en la reforma de 2015, en LANDA GOROSTIZA, J.M (dir), GARRO CARRERA, E y ORTUBA Y FUENTES, M (coords.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma de 2015*, Dykinson, 2016, p. 183.

⁵⁴⁰ GARCÍA SAN MARTÍN, J., *Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad. Adaptado a las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, Dykinson, 2015, p.165; MATA Y MARTÍN, R.M., Ámbitos de la ejecución penitenciaria afectados por la reforma del Código Penal. A propósito de la LO 1/2015, en *Diario La Ley*, nº8713, 2016, p. 9.

⁵⁴¹ NISTAL BURÓN, J., Los fines de la política criminal y su vinculación con la política de extranjería en la reforma proyectada del Código Penal. Su incidencia en el ámbito penitenciario, en *Diario La Ley*, nº8143, 2013, p. 6; MONTERO PÉREZ DE TUDELA, E., Las medidas repatriativas en el ámbito penitenciario: especial mención al traslado de personas condenadas a la luz de las nuevas reformas legislativas, en *La Ley Penal*, nº115, 2015, p. 3; RECIO JUÁREZ, M., Claves de la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal, en *Diario La Ley*, nº8602, 2015, p. 3; DEL MISMO., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, op cit, p.94.

⁵⁴² ROIG TORRES, M., La expulsión de los extranjeros en el proyecto de reforma del Código Penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH. Unas notas sobre el derecho británico, op cit, p. 466; GARCÍA

Dicha modificación resulta novedosa puesto que el ámbito subjetivo de aplicación de la expulsión penal era de los pocos presupuestos que habían permanecido inalterables desde que dicha figura se introdujo en el CP en el año 95, limitándose la misma a los extranjeros sin residencia legal⁵⁴³.

De esta forma, con esta nueva versión, se produce un retorno al criterio que se utilizaba en el artículo 21.2 párrafo 2 de la LOEx de 1985, precepto que, a la hora de regular la expulsión utilizaba el término “extranjero”, disociando la legalidad de su situación administrativa de la medida en sí⁵⁴⁴.

En este sentido, también para LEGANÉS GÓMEZ resulta innovadora la autonomía que adquiere el artículo 89 CP respecto de la legislación administrativa que se reserva únicamente a los inmigrantes irregulares, pasando a ser el fundamento de la expulsión la ausencia de nacionalidad española del extranjero que delinque y no su condición de residente irregular⁵⁴⁵.

Estamos con autores como CANO CUENCA cuando afirman que el término “ciudadano extranjero” es mucho más amplio que el de “extranjero no residente legal en España” utilizado en la anterior regulación, lo que aumentará el campo de aplicación de esta medida⁵⁴⁶.

En idéntico sentido se pronuncia IGLESIAS RÍO; cuando afirma que, aunque esta modificación no necesariamente se deba traducir en un aumento cuantitativo de la expulsión, sí conduce a una ampliación indiscriminada para los no nacionales,

SAN MARTÍN, J., *Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad*, op cit, p. 166. En este sentido, léanse, entre otros, los siguientes supuestos: Caso *Nidi contra Reino Unido*, 29 de enero de 2018, párrafos 83-86; Caso *Fabris contra Francia*, 7 de febrero de 2013, párrafo 56.

⁵⁴³ NISTAL BURÓN, J., Los fines de la política criminal y su vinculación con la política de extranjería en la reforma proyectada del Código Penal. Su incidencia en el ámbito penitenciario, op cit, p. 4.

⁵⁴⁴ En este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol36, 2016, p. 152; YÁÑEZ VELASCO, R., *Extranjero y proceso penal: controversias sobre la expulsión del territorio nacional*, Reus, 2015, p. 193.

⁵⁴⁵ LEGANÉS GÓMEZ, S., La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015, op cit, p. 1459.

⁵⁴⁶ En este sentido, CANO CUENCA, A., Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión, en GONZÁLEZ CUSSAC, JL., *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 366; BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89*, op cit, p. 276; PÉREZ CEPEDA, A., Justificación y claves político-criminales del Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013, en PÉREZ CEPEDA, A (dir) y GORJÓN BARRANCO, M (coord.), *El proyecto de reforma del Código Penal de 2013 a debate*, Ratio Legis, 2014, p. 19; IGLESIAS RÍO, MA., Expulsión penal de extranjeros en el proyecto de reforma penal de 2013 y necesidades preventivas de pena en el contexto de la normativa de la Unión Europea, en MAQUEDA ABREU, M^oL, MARTÍN LORENZO, M y VENTURA PÜSCHEL, A (coords), *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2016, p. 157; ABARCA JUNCO, P, OLEA-GARCÍA, B.A, LACRUZ LÓPEZ, J.M, MARTÍN DÉGANO, I y GÓMEZ URRUTIA, M.V., *El extranjero en el Derecho penal español*, Dykinson, 2016, p. 418.

independientemente de su categoría y situación de estancia o residencia normalizada (residentes, no residentes, temporales, o de larga duración, comunitarios o extracomunitarios)⁵⁴⁷.

En este sentido, tras esta nueva reforma serán expulsables los inmigrantes irregulares o los ciudadanos extranjeros en estancia temporal o tránsito, cualquier otro ciudadano extranjero, aunque tenga reconocida la residencia legal, ya cuente con autorización de residencia temporal ordinaria, con autorización de residencia temporal excepcional, con autorización provisional de residencia, o con autorización de residencia de larga duración⁵⁴⁸, siendo el momento de la determinación de la nacionalidad del individuo el del enjuiciamiento de los hechos⁵⁴⁹.

El término “ciudadano extranjero” recibió críticas y enmiendas durante la tramitación parlamentaria y reproches tanto por parte del Consejo Fiscal como del Consejo de Estado. En esta línea, durante la tramitación parlamentaria se señaló la necesidad de diferenciar entre extranjeros residentes temporales y extranjeros no residentes y entre residentes temporales y de larga duración. En idéntico sentido se criticaba la falta de justificación político-criminal para aplicar la expulsión al extranjero con autorización de residencia⁵⁵⁰. En esta línea, el CGPJ también puso el acento en el término “ciudadano extranjero”, el cual calificaba de contradictorio⁵⁵¹.

De esta suerte, estamos con TÉLLEZ AGUILERA cuando afirma que, respecto a la modificación del ámbito subjetivo de la disposición, posibilitando la expulsión de extranjeros con residencia legal en España, la nueva redacción del artículo 89 CP ha sido inspirada por la necesidad de potenciar todo lo posible este mecanismo sustitutivo⁵⁵², ya que como expone GARCÍA ESPAÑA, con esta nueva regulación se facilita la expulsión de los extranjeros en situación regular, eliminándose así los obstáculos administrativos anteriormente existentes⁵⁵³.

⁵⁴⁷ IGLESIAS RÍOS, MA., La expulsión de extranjeros, en QUINTEROS OLIVARES, G., *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 2015, p.1730.

⁵⁴⁸ Todas estas modalidades de autorización de residencia se encuentran previstas en los artículos 30 y siguientes de la LO 4/2000. Véase en GARCÍA SAN MARTÍN, J., *Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad*, op cit, p. 165.

⁵⁴⁹ RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, op cit, p. 98 y 125.

⁵⁵⁰ CANO CUENCA, A., Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión, op cit, p. 367.

⁵⁵¹ Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 17 de enero de 2013, p. 100.

⁵⁵² TÉLLEZ AGUILERA, A., *Derecho Penal Parte General (Adaptado a las reformas del Código Penal de 2015). Un estudio crítico desde la práctica judicial*, Edisófer, 2015, p. 695.

⁵⁵³ GARCÍA ESPAÑA, E., Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: un mosaíco de exclusión, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº19-15, 2017, p. 18. En idéntico

A modo de conclusión, al igual que TERRADILLOS BASOCO y BOZA MARTÍNEZ, entendemos que “*la generalización de la expulsión a todos los extranjeros supone cuestionar el carácter reeducador y reinsertador de las penas privativas de libertad impuesto en el artículo 25.2 CE*”⁵⁵⁴.

V.1.2) La introducción de las circunstancias del hecho delictivo, y las circunstancias personales del autor, en especial el arraigo, en el texto penal

A) Las circunstancias del hecho delictivo

La mención explícita de las circunstancias del hecho delictivo, de las circunstancias personales del autor y del arraigo que el mismo tenga en España vienen recogidas en el apartado cuarto del nuevo artículo 89 CP, donde se dispone 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*”.

En esta línea, consideramos que la valoración de las circunstancias del hecho delictivo, así como su gravedad, devienen elementos fundamentales en aras de dilucidar acerca de una expulsión o no y de que dicha decisión se ajuste a los parámetros que se infieren del artículo 25.2 CE.

Ya vimos cómo la doctrina consideraba que sustituir una pena grave por la expulsión resultaba una decisión que se alejaba totalmente de la consecución de la reinserción social del infractor extranjero⁵⁵⁵, por eso, consideramos que un reconocimiento explícito en el texto penal del deber de analizar las circunstancias del hecho delictivo podría contribuir a una más correcta dilucidación sobre la decisión de sustituir una pena por la expulsión, dado que, entendemos que atendiendo a la gravedad

sentido lo indica NISTAL BURÓN. Véase en NISTAL BURÓN, J., Los fines de la política criminal y su vinculación con la política de extranjería en la reforma proyectada del Código Penal, op cit, p. 6.

⁵⁵⁴ TERRADILLOS BASOCO, J,M y BOZA MARTÍNEZ, D., La expulsión del extranjero: Art. 88 CP, en ÁLVAREZ GARCÍA, F,J (dir) y GÓMEZ ALLER, J,D (coord.), *Estudios crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 363.

⁵⁵⁵ Entre otros: RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, op cit, p. 87; MAGRO SERVET, V y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: Suspensión, sustitución y expulsión*, op cit, p. 187; ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., La modificación del régimen de expulsión de extranjeros como sustitutivo de la pena de prisión en la reforma del Código Penal, op cit, p. 6; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., De la sustitución de las penas privativas de libertad, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G (dir) y BARREIRO, A.J (coord.), *Comentarios al Código Penal*, op cit, p. 197.

de un delito, puede ser más o menos aconsejable acordar una expulsión de cara a conseguir la reinserción social del penado.

En este sentido la Circular FGE 7/2015 establece un *númerus clausus* de circunstancias cuya concurrencia dará luz verde al rechazo de la sustitución completa de la pena, aunque la valoración singularizada de cada supuesto sea obligatoria. Así, dicho texto jurídico determina que se debe rechazar la sustitución completa de la pena en los siguientes casos: Delitos que llevan en su ejecución o resultado el uso de violencia o intimidación de especial intensidad; delitos que entrañen vejación, degradación o ensañamiento sobre la víctima; delitos que hayan expuesto a la víctima a un peligro concreto y grave para su vida o integridad física o psíquica; delitos que afectan a bienes jurídicos personales especialmente valiosos, como la inviolabilidad del domicilio cuando forma parte de la modalidad de robo en casa habitada, la libertad personal o la libertad e indemnidad sexuales; delitos que ven intensificada su culpabilidad por recaer sobre víctima desamparada por razones de edad (menores y ancianos), discapacidad y situación concreta de vulnerabilidad; delitos cualificados en su peligrosidad por el hecho de ser cometidos por medio de, o en el seno de una organización o grupo criminal, especialmente cuando presenten conexiones transnacionales; delitos que teniendo asignada en la correspondiente figura penal una pena base mínima superior a cinco años hayan sido castigados con pena igual o inferior a dicha extensión en virtud de las reglas de aplicación de las penas establecidas en los artículos 61 y siguientes del CP y, por último, delitos de tráfico de drogas que excedan el mero menudeo de pequeñas cantidades de sustancia ilícita⁵⁵⁶.

No obstante, *a sensu contrario*, la citada circular también dispone que otro tipo de conductas delictivas sí serán susceptibles de expulsión. En este sentido, establece que, la expulsión judicial, será, en principio, asumible, salvo circunstancias especiales, cuando la pena de prisión impuesta sea susceptible virtualmente de beneficiarse de la suspensión condicional por cumplir los requisitos del artículo 80 CP, que se refieren a penas de duración limitada impuestas a sujetos no peligrosos.

En idéntico sentido, la circular establece que, las condenas de duración superior a dos años-pena o sumas de penas impuestas en la misma sentencia- y no superiores a cinco años serán susceptibles de expulsión sustitutiva cuando sancionen conductas que no

⁵⁵⁶ Circular FGE 7/2015, p. 13.

presenten por su gravedad intrínseca o por la forma en que han sido ejecutadas rasgos que hagan necesario el cumplimiento de la pena de prisión.

En esta línea, a modo de ejemplo, el TS ha adoptado la expulsión sustitutiva en casos de delitos contra la salud pública, en los supuestos en los que exista un mero menudeo de pequeñas cantidades de sustancia ilícita, como, por ejemplo, un gramo y medio de cocaína⁵⁵⁷.

B) Las circunstancias personales del penado, y, en especial, su arraigo

No cabe duda de que nos encontramos ante una de las modificaciones más novedosas y que más se acercaría a la función preventivo especial positiva de las penas introducidas por la reforma de la LO 1/2015 en el artículo 89⁵⁵⁸.

A nuestro entender, esta maniobra legislativa responde a una necesidad lógica que venía siendo reclamada tanto desde la jurisprudencia como desde la doctrina. En este sentido, dentro de la perspectiva jurisprudencial, en el plano internacional, el TEDH ya había determinado que antes de imponer una expulsión sería necesaria la ponderación de determinadas circunstancias, entre ellas el arraigo del extranjero en el país de residencia⁵⁵⁹. En esta línea, tal y como explica GARCÍA ESPAÑA, el legislador español ha recogido los criterios del TEDH al respecto en esta nueva versión del artículo 89 CP⁵⁶⁰.

Por otro lado, como ya se analizó anteriormente, en el plano jurisprudencial nacional destacó la célebre sentencia del TS de 8 de julio de 2004, sentencia que, como ya se vio, defendía la evaluación de las circunstancias personales del extranjero infractor, entre ellas su arraigo en España, a la hora de decidir sobre una expulsión. De esta guisa,

⁵⁵⁷ STS, Sala Segunda de lo Penal de 19 de mayo de 2016, Fundamento de derecho segundo, Ponente D. MANUEL MARCHENA GÓMEZ.

⁵⁵⁸ RECIO JUÁREZ, M., Claves en la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal, op cit, p. 19; MANZANARES SAMANIEGO, JL., Comentarios a la reforma de la Parte General del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica. De la suspensión, de la sustitución y de la libertad condicional, en *Diario La Ley*, nº7991, 2012, p. 12; GARCÍA ESPAÑA, E., La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015. ¿De la discriminación a la reinserción social?, op cit, p. 28.

⁵⁵⁹ SALVADOR CONCEPCIÓN, R., Problemas que presenta la expulsión del extranjero como medida sustitutiva a su condena penal, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº28, 2012, p.4; MAZA MARTÍN, JM., El tratamiento del delincuente extranjero en el Derecho Penal Español, en BALADO RUÍZ-GALLEGOS, M., *Inmigración, Estado y Derecho*, op cit, p.849; CUGAT MAURI, M., La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros (art 89), op cit, p. 103; SALVADOR CONCEPCIÓN, R., La expulsión del extranjero como castigo penal, op cit, p. 102.

⁵⁶⁰ GARCÍA ESPAÑA, E., El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión, en *Migraciones*, nº44, 2018, p.130.

también la doctrina venía reclamando la necesidad de evaluar las circunstancias personales del extranjero infractor antes de proceder a una expulsión⁵⁶¹.

De esta suerte, a la hora de aludir al término arraigo, se hace referencia a un concepto jurídico indeterminado⁵⁶² cuyo contenido no puede ser delimitado a priori⁵⁶³ y que se constituiría de todas aquellas circunstancias personales del extranjero que determinarían un nexo de unión con la sociedad española y simultáneamente debilitarían sus lazos con su país de origen⁵⁶⁴. Al ser un término jurídico indeterminado, será necesaria la participación del juez en aras de delimitar qué elementos quedarían fuera y cuáles dentro⁵⁶⁵.

En este sentido, RECIO JUÁREZ afirma que el arraigo penalmente relevante vendría determinado por la existencia de vínculos familiares⁵⁶⁶, sociales, económicos,

⁵⁶¹ Entre otros, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, op cit, p.149; DE LAMO RUBIO, J., *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, op cit, pp. 490-491; CANCIO MELIÁ, M., *La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal*, op cit, p.14; PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, op cit, p.363; MANZANARES SAMANIEGO, JL., *Suspensión y ejecución de las penas privativas de libertad*, op cit, p. 99; SALVADOR CONCEPCIÓN, R., *La expulsión del extranjero como castigo penal*, op cit, p. 108; ARIAS SENSO, M., *Expulsión de extranjeros condenados: Aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004*, op cit, p. 5; MUÑOZ LORENTE, J., *La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la LO 11/2003*, op cit, p. 435; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, op cit, p.239; TOMÉ GARCÍA, J., *Intervención del Juez Penal en la expulsión de extranjeros*, op cit, p. 185; BENLOLO CARABOT, M., *Protection renforcée contre l'éloignement et raisons impérieuses de sécurité publique. Liberté de circulation des citoyens européens (art.16 et 28 de la directive 2004/38/ce)*, en *La Revue des Droits de l'Homme*, 2011, p. 3.

⁵⁶² GISBERT CASAMPERE, R., *Estudios sobre Derecho de Extranjería. La estancia irregular, expulsión versus sanción económica*, en *Actualidad Administrativa*, nº8, 2007, p. 8; GARCÍA ESPAÑA, E., *El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión*, op cit, p.131.

⁵⁶³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección primera, núm 272/2015, de fecha 23 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente D. IGNAIO MARRERO FRANCÉS. En este sentido, al ser un concepto jurídico indeterminado su contenido se irá perfilando en cada caso concreto. Véase en GARCÍA GIL, FJ., *Extranjería*, en GARCÍA GIL, FJ., *La medida cautelar de suspensión de la ejecución de actos y disposiciones en el proceso administrativo*, La Ley, 2010, p. 4.

⁵⁶⁴ Entre otros, LAFONT NICUESA, L., *Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal*, en *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*, nº10, 2005, p. 9; PEÑA PÉREZ, A., *Arraigo, circunstancias excepcionales y razones humanitarias: evolución histórica dentro del Derecho de Extranjería*, en *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*, nº30, 2012, p. 4; TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., *El arraigo y los modelos actuales jurídico-políticos de inmigración y extranjería*, en *Migraciones*, nº36, 2014, p. 436; RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, op cit, p. 131; SERRANO VILLAMANTA, J.F., *La residencia por circunstancias excepcionales. El arraigo*, en BALADO RUIZ-GALLEGOS, M., *Inmigración, Estado y Derecho*, op cit, p. 561. En este sentido lo apunta el TS, entre otras, en sus sentencias: STS, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de 7 de junio de 2007, Fundamento de Derecho tercero, ponente D. ENRIQUE CANCER LALANNE; STS, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de 13 de mayo de 2008, Fundamento de Derecho cuarto, Ponente D. MARIANO DE ORO PULIDO Y LÓPEZ.

⁵⁶⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección primera, núm 204/2017, de fecha 4 de septiembre de 2017. Magistrado Ponente DÑA ROSA MARÍA DE CASTRO MARTÍN.

⁵⁶⁶ En este sentido léase Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección sexta, núm 594/2015, de fecha 20 de julio de 2013. Magistrado Ponente D. EDUARDO NAVARRO BLASCO.

laborales, académicos o de otro tipo, que sean relevantes para apreciar el interés del penado por permanecer en el país⁵⁶⁷.

En esta línea, el arraigo deberá ser alegado y puesto de manifiesto para que pueda ser apreciado, por lo que si no consta ningún tipo de alegación que manifieste la situación personal del extranjero, la expulsión no se considerará desproporcionada⁵⁶⁸. En este sentido, tal y como afirma RECIO JUÁREZ, corresponde al extranjero el deber de acreditar cualquier arraigo aportando las pruebas correspondientes⁵⁶⁹. El trámite para que el extranjero pueda probar su arraigo será el trámite del juicio oral. Ahora bien, si el penado habiendo sido citado a la celebración del juicio oral no comparece al mismo y por tanto no prueba su arraigo, podrá ser expulsado⁵⁷⁰. Empero, si el extranjero no ha comparecido debido a un error procesal, y se acuerda la sustitución de la pena por la expulsión, podrá interponer el correspondiente recurso aportando la documentación correspondiente que acredite su arraigo.

Con relación a la prueba del arraigo, se ha de destacar también lo regulado en el apartado tercero del nuevo artículo 89 CP, precepto que establece que *“el juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible, y que en el resto de casos una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena”*. Esta disposición otorga al extranjero la posibilidad de probar su arraigo en la fase de ejecución de sentencia si el mismo no hubiera podido ser probado en la fase de juicio oral. La imposibilidad de dicha práctica puede venir, o porque las pruebas que se practicaron fueron insuficientes y esa carencia probatoria es subsanable⁵⁷¹, o porque el extranjero ha aportado la

⁵⁶⁷ RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, op cit, p. 131. En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid también ha determinado que los antecedentes penales que tenga el individuo en cuestión van a constituir un indicador de la forma en la que el individuo pueda ganarse la vida en España, con lo que también se evaluarán a la hora de valorar el arraigo. Véase en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección primera, núm 89/2016, de fecha 26 de febrero de 2016. Magistrado Ponente D. MANUEL CHACÓN ALONSO.

⁵⁶⁸ GISBERT CASASEMPERE, R., *Estudios sobre Derecho de Extranjería*. La estancia irregular. Expulsión *versus* sanción económica, op cit, p. 8.

⁵⁶⁹ STS, Sala Segunda de lo Penal de 4 de octubre de 2013. Fundamento de Derecho undécimo. Ponente D. ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO.

⁵⁷⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección segunda, núm 355/2015, de fecha 25 de septiembre 2015. Magistrado Ponente D. IGNACIO MARRERO FRANCÉS.

⁵⁷¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección veintitrés, núm 711/2015, de fecha 26 de octubre de 2015. Magistrado Ponente D. JOAQUIN DELGADO MARTÍN.

documentación suficiente pero no se ha podido comprobar su veracidad porque es necesario un análisis a mayor escala⁵⁷².

En esta línea, si la expulsión se ha debatido en el juicio, oyéndose al MF, defensa y demás partes personadas, con la práctica de las pruebas correspondientes al respecto, y en la sentencia se ha descartado motivadamente la expulsión, no se podrá invocar la misma con posterioridad a la sentencia⁵⁷³. En este sentido, cuando se atrasa la decisión sobre la expulsión a la fase de ejecución de sentencia, dentro de esta previa audiencia que se concede a los acusados para ser oídos, también se habrán de tener en cuenta los correspondientes informes del centro penitenciario y de la Junta de Tratamiento en aras de discernir sobre la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio español⁵⁷⁴. Estimamos este trámite de vital importancia para no adoptar una decisión que ponga en tela de juicio las posibilidades de reinserción social que tuviera el condenado tras el cumplimiento de la pena.

B.1) Modalidades de arraigo

En líneas generales, la doctrina, a la hora de analizar el arraigo, sistematiza las diversas circunstancias personales del extranjero que lo constituyen en los tres tipos de arraigo que recoge el artículo 124 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante RLOEx), a saber: el arraigo familiar, el social y el laboral⁵⁷⁵, y es que, tal y como afirma QUES MENA, “*se trata de*

⁵⁷² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección cuarta, núm 25/2016, de fecha 3 de febrero de 2016. Magistrado Ponente D. IGNACIO SÁNCHEZ YLLERA.

⁵⁷³ RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, *op cit*, p. 164.

⁵⁷⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección veintinueve, núm 258/2016, de fecha 16 de septiembre de 2016. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA PILAR RASILLO LÓPEZ.

⁵⁷⁵ TORRES FERNÁNDEZ, ME., *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, *op cit*, p.209. La misma distinción realiza PÉREZ ALONSO. Véase la misma distinción en las siguientes obras: PÉREZ ALONSO, MA., El arraigo de los extranjeros irregulares como mecanismo de integración social, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº5, 2010, p. 9; NISTAL BURÓN, J., El alcance en materia de expulsión judicial de la proyectada reforma del CP, en *Diario La Ley*, nº8207, 2013, p. 4; CUADRADO ZULOAGA, D., La expulsión de extranjeros del territorio nacional, en *La Ley*, nº14, 2008, p. 9; NISTAL BURÓN, J., Los fines de la política criminal y su vinculación con la política de extranjería en la reforma proyectada del Código Penal, *op cit*, p. 7; LAFONT NICUESA, L., La sustitución judicial de las penas y medidas de seguridad por la expulsión, en LAFONT NICUESA, L (coord.), *Extranjería. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, *op cit*, p. 200; ALMEIDA HERRERO, C., Extranjeros en prisión, en DE CASTRO ANTONIO, JL y SEGOVIA BERNABÉ, JL (dirs.), *El juez de vigilancia penitenciaria y tratamiento penitenciario*, Estudios de Derecho Judicial, nº84, CGPJ, 2005, p. 318; PÉREZ ALONSO, A., El arraigo de los extranjeros irregulares como mecanismo de integración social, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº5, 2010, p. 9; GARCÍA GIL, F.J., Extranjería, en GARCÍA GIL, F.J., *La medida cautelar de suspensión de la ejecución de actos y disposiciones en el proceso administrativo*, La Ley, 2010, p. 4.

las tres facetas básicas que todo individuo desarrolla en la sociedad moderna”⁵⁷⁶. En este sentido, también la Circular FGE 1/2015 se hace eco de dicho sistema al establecer que “es patente que no merecen el mismo tratamiento penal quien, viviendo -arraigo social y familiar- y trabajando -arraigo laboral- en España en las mismas condiciones que un español, ocasionalmente llega a cometer un delito, que el extranjero que ha venido a territorio nacional teniendo como único objetivo la comisión de un delito o vivir con desprecio de la legalidad vigente”.

B.1.1) El arraigo familiar

QUES MENA define el arraigo familiar como “la vinculación con un territorio, que se obtiene de forma derivada, por razón de una persona con quien se tiene una relación intensa, y que a su vez ha entablado lazos intensos con el territorio. Dado que se trata de un arraigo derivado, la relación con otra persona queda reservada a personas con las que se tiene un vínculo de sangre o de matrimonio, o equiparables a éstos”⁵⁷⁷.

En términos más específicos, SANTOLAYA MACHETTI define el arraigo familiar como “cualquier forma de convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua sea cual sea su grado de formalización o incluso el sexo de sus componentes, puede ser considerada una “vida familiar” protegida por el Convenio por alejada que resulte de los parámetros de la familia tradicional basada en el matrimonio”⁵⁷⁸.

Dentro de todos los tipos de arraigo que pueda presentar un extranjero en España, la existencia de un arraigo familiar va a suponer una circunstancia impeditiva de la expulsión de gran peso⁵⁷⁹. Así viene reconocido por el TEDH, que ya determinó, con acierto a nuestro entender, en el caso *Nasri contra Francia*, que la familia constituía un pilar fundamental para la consecución de la reinserción social del extranjero⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ QUES MENA, El arraigo social, económico y familiar en el Derecho de Extranjería. Tratamiento legal y jurisprudencial, en *Diario La Ley*, nº7067, 2008, p. 2.

⁵⁷⁷ QUES MENA, L., El arraigo, social, económico y familiar en el Derecho de Extranjería. Tratamiento legal y jurisprudencial, op cit, p. 3.

⁵⁷⁸ SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch, 2004, p. 80.

⁵⁷⁹ RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, op cit, p. 132; PEÑA PÉREZ, A., Arraigo, circunstancias excepcionales y razones humanitarias: evolución histórica dentro del derecho de extranjería, en *revista de derecho migratorio y extranjería*, nº30, 2012, p. 5. En este sentido, la familia, conforme al artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene derecho a la protección del Estado. De igual manera se recoge en otros textos internacionales como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.2) entre otros.

⁵⁸⁰ Caso *Nasri contra Francia*, 13 de julio de 1995, párrafo 46.

Como ya vimos anteriormente, el derecho a la vida familiar del extranjero goza de un reconocimiento internacional en el artículo 8 CEDH. En este sentido, el TEDH viene considerando la necesidad de ponderar una serie de criterios en los supuestos en los que el extranjero tenga una familia y por tanto su intimidad familiar pueda resultar afectada. Así, ha reconocido que deberán tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes criterios: La situación familiar del demandante, así como la duración de su matrimonio, y otros factores que expresen la efectividad de una vida familiar en pareja, si hay niños en el matrimonio, y si los hay, cuáles son sus edades, y, por último, la gravedad de las dificultades que el grupo familiar del extranjero afectado pueda llegar a encontrar en el país destinatario de la expulsión⁵⁸¹.

Por su parte, el TC ha determinado que en los supuestos de expulsión el arraigo familiar puede actuar como un límite a la expulsión⁵⁸². A la misma conclusión llega el TS al afirmar que *“el arraigo de un ciudadano extranjero en territorio español, bien sea por razones económicas, sociales o familiares, es causa suficiente para suspender la ejecutividad de una orden de expulsión o la obligación impuesta de abandonar España por considerarse en estos casos como prevalente, de ordinario, el interés particular frente al general”*⁵⁸³.

En esta línea, la doctrina considera que entre las relaciones familiares que permiten apreciar el arraigo se aprecian las de los parientes más directos, esto es, hijos, padres, cónyuge o pareja de hecho⁵⁸⁴, y la Circular FGE de 2015 también incluye a los hermanos, elemento familiar que como se verá posteriormente no se tiene en excesiva estima a la hora de acreditar un arraigo familiar⁵⁸⁵. En la misma línea, se considera que ha de existir una vida familiar que pueda verse afectada como consecuencia de la separación que se produce al materializar una expulsión⁵⁸⁶, especialmente, si hay niños,

⁵⁸¹ Caso *Boultif contra Suiza*, 2 de agosto de 2001, párrafo 48.

⁵⁸² STC 140/2009, de 15 de junio de 2009, FJ 6, Magistrado Ponente PÉREZ TREMPES PABLO.

⁵⁸³ Entre otras, véanse: STS, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de 2 de junio de 2001, Fundamento de Derecho Tercero, Ponente D. PECES MORATE.

⁵⁸⁴ LAFONT NICUESA, L., “Algunas notas sobre el arraigo penal”, en www.icafe.com/docs/estrangeria/documents/feanes.pdf. En efecto, estar casado con mujer española o con mujer no española que ostente la misma nacionalidad que el acusado extranjero u otra, siempre que esta particularidad se acredite mediante el aporte de NIE en vigor. Véanse, entre otras: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección treinta, núm 891/2015, de fecha 24 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente DÑA. ROSA MARÍA QUINTANA SAN MARTÍN; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección quinta, núm 921/2015, de fecha 26 de octubre de 2015. Magistrada Ponente DÑA. M^o MAGDALENA JIMÉNEZ JIMÉNEZ.

⁵⁸⁵ Circular FGE 7/2015, p. 17.

⁵⁸⁶ TORRES FERNÁNDEZ, ME., *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, op cit, p.209.

ya que tal y como reconoce el TEDH, si hay niños involucrados, es necesario examinar si estos se encuentran en una edad en la que se puedan adaptar en un entorno diferente⁵⁸⁷. *A sensu contrario*, no existiría arraigo impeditivo de expulsión si existiera la posibilidad irrefutable de que la pareja se reúna en otro lugar y la unión o convivencia no quedara imposibilitada *sine die*⁵⁸⁸. En este sentido, se viene considerando que para evaluar los posibles trastornos que se causarían a los familiares del expulsado se debería tener en cuenta el tiempo que los mismos llevaran residiendo en España, los viajes de la familia a su país de origen, la destreza en el manejo del idioma en cuestión, la existencia o no de otros familiares en el país extranjero, así como las posibilidades de inserción en dicho país⁵⁸⁹.

Con base en las anteriores premisas, existirían dos circunstancias que por regla general van a determinar la existencia de un arraigo suficiente que impida la expulsión. La primera vendría determinada por la existencia de un residente menor de edad a cargo del extranjero, independientemente de que el mismo tenga o no nacionalidad española⁵⁹⁰. La segunda, vendría delimitada por la existencia de un matrimonio⁵⁹¹, aunque respecto a esta última, la Circular FGE 7/2015 establece que no basta con acreditar la existencia de un matrimonio formal, si no que se deben acreditar otros factores que manifiesten la efectividad de la vida en familia de la pareja, sin especificar cuáles son los mismos.

En esta línea, cabe indicar que, lógicamente, la suma de ambas circunstancias formará el cóctel perfecto para neutralizar una expulsión. En este sentido, se ha de destacar que, aunque las circunstancias predilectas determinantes del arraigo serán la existencia de matrimonio e hijo en su seno, también será una circunstancia acreditativa

⁵⁸⁷ Caso *Josef contra Bélgica*, 27 de febrero de 2014, párrafo 137.

⁵⁸⁸ RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, *op cit*, p. 135; LAFONT NICUESA, L., La sustitución judicial de las penas y medidas de seguridad por la expulsión, en LAFONT NICUESA, L (coord.), *Extranjería. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, *op cit*, p. 202.

⁵⁸⁹ LAFONT NICUESA, L., La sustitución judicial de las penas y medidas de seguridad, en LAFONT NICUESA, L., *Extranjería. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, *op cit*, p. 203.

⁵⁹⁰ ENCINAR DEL POZO, M.A., “El artículo 89.1 del Código Penal. Un ejemplo del infortunio del legislador”. [www. Derecho.com/articulos](http://www.Derecho.com/articulos), p.2; RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, *op cit*, p. 134. En este sentido léanse las siguientes sentencias: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección veintidós, núm 817/2015, de fecha 27 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA JOSÉ FELIÚ MORELL; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección cuarta, núm 549/2015, de fecha 19 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente D. JOSÉ JOAQUÍN HERVÁS ORTÍZ; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección segunda, núm 853/2016, de fecha 14 de diciembre de 2016. Magistrado Ponente D. JAVIER ARZÚA ARRUGAETA. En este último supuesto la condenada extranjera no sólo probó por la vía del artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que tenía dos tres hijos menores a su cargo, sino que además llevaba residiendo en Barcelona cuatro años.

⁵⁹¹ CUADRADO ZULOAGA, D., *La expulsión de extranjeros del territorio nacional*, *op cit*, p. 9.

de arraigo familiar la convivencia del extranjero con su madre⁵⁹². Así lo ha establecido el TS en diversas sentencias, entre otras, la sentencia 409/2016, de 12 de mayo, donde se examinaba un caso en el que el sujeto que iba a ser expulsado llevaba más de doce años residiendo en Zaragoza con una mujer procedente como él de República Dominicana. Ambos tenían una hija de tres años de edad cuyo registro constaba en el libro de familia. Al margen de lo anterior, constaba también que en España tenía un hermano que había adquirido la nacionalidad española y una tía carnal. Partiendo de estas circunstancias, el TS determinó que concurría un cuadro de arraigo y una situación personal que permitían afirmar que, desde la perspectiva de la finalidad de prevención especial de las penas, no resultaba adecuado que el acusado fuera expulsado de España⁵⁹³.

Ahora bien, a pesar de que la existencia de un matrimonio y la existencia de un hijo en su seno, incluso aún nonato⁵⁹⁴, constituyan causas impeditivas de una expulsión, el TS ha establecido que es necesario que se acredite que el extranjero al que se le ha impuesto una expulsión cumpla con las obligaciones anejas a la familia⁵⁹⁵. Aneja a esta obligación, en la práctica judicial ha quedado asentado que, para que el arraigo familiar pueda ser apreciado resulta necesaria la convivencia del extranjero con su familia bajo el mismo techo⁵⁹⁶, lo que significa que no existirá arraigo familiar respecto a un extranjero y sus hijos cuando el mismo residiera en otra provincia distinta a la de su hijo y la madre del mismo⁵⁹⁷. En esta línea, la jurisprudencia ha determinado que la convivencia con un hermano no es acreditativa de arraigo familiar⁵⁹⁸.

⁵⁹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección segunda, núm 347/2017, de fecha 30 de mayo de 2017. Magistrado Ponente DÑA MARÍA DEL PILAR PÉREZ RUEDA.

⁵⁹³ STS, Sala Segunda de lo Penal, de 12 de mayo de 2016, Fundamento de Derecho tercero, Ponente D. JORGE BARREIRO ALBERTO GUMERSINDO.

⁵⁹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección tercera, núm 204/2017, de fecha 4 de septiembre de 2017. Magistrado Ponente DÑA. ROSA MARÍA DE CASTRO MARTÍN.

⁵⁹⁵ STS, Sala Segunda de lo Penal, de 12 de mayo de 2016, Fundamento de Derecho tercero, Ponente D. JORGE BARREIRO ALBERTO GUMERSINDO; Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, sección tercera, núm 93/2016, de fecha 22 de junio de 2016. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA DEL CARMEN DELGADO.

⁵⁹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, núm 775, de 28 de septiembre de 2016. Fundamento de derecho quinto. Ponente DÑA NATALIA DE LA IGLESIA VICENTE; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección primera, núm 841/2015 de 30 de septiembre. Fundamento de Derecho quinto. Ponente D. CARLOS ALTARRIBA CANO; Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm 551/2017 de 10 de agosto. Ponente DÑA MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ LUNA; Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección tercera, núm 263/2016, de 28 de septiembre de 2016. Fundamento de Derecho tercero. Ponente D. RICARDO GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

⁵⁹⁷ STS, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de 15 de febrero de 2016, Fundamento de Derecho segundo, Ponente D. DIEGO CÓRDOBA CASTROVERDE.

⁵⁹⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso Administrativa, sección primera. Núm 115/2016, de 27 de mayo. Ponente D. JOSÉ MATÍAS ALONSO MILLÁN;

De esta suerte, el TS ha considerado en varias ocasiones que, la existencia de una unión de hecho estable y continuada análoga a la conyugal permite apreciar la existencia de perjuicios irreparables inherentes a la expulsión derivados del arraigo en España del extranjero en cuestión, por razón de la ruptura de la agrupación familiar⁵⁹⁹.

Se ha de destacar que no es suficiente una mera relación de afectividad entre adultos, como podría ser una situación de noviazgo, aún si existe el propósito de contraer matrimonio. Recientemente, el TS ha establecido que no serviría para apreciar un arraigo suficiente el hecho de acreditar como única circunstancia la existencia de un hermano que se encuentra en España pero que vive en otra provincia⁶⁰⁰. Empero, si a esa circunstancia se le suman otras, sí considera que existe arraigo suficiente para impedir una expulsión, circunstancias como pueden ser las siguientes: residencia en España durante un período largo de tiempo, existencia de domicilio fijo desde hace varios años, desconocimiento del idioma oficial del país al que sería expulsado, etc⁶⁰¹.

En este orden de hechos, conviene destacar que en la práctica judicial el arraigo no sólo se ha esgrimido como una circunstancia impeditiva de una expulsión del territorio nacional, sino que, *a sensu* contrario, se ha configurado como un factor fundamental en aras de acordar una expulsión, lo cual a nuestro entender ha sido totalmente acorde a la función preventivo especial positiva de las penas.

De esta suerte, podríamos hablar en estos casos de un arraigo extraterritorial. Sirva de ejemplo un supuesto resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de noviembre de 2015 en el que se condenaba a una extranjera residente irregular en España a una pena de dos años de prisión por la comisión de un delito contra la salud pública.

En esta sentencia se acordaba la sustitución de la pena de prisión por la expulsión y la prohibición de regresar a España en un plazo de siete años. La Audiencia Provincial fundaba la expulsión en el hecho de que se encontraba en España de forma ilegal, que

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera. Núm 175/2015, de 11 de septiembre. Ponente DÑA MARÍA BEGOÑA GONZÁLEZ GARCÍA; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera. Núm 82/2017, de 7 de abril. Ponente D. JOSÉ MATÍAS ALONSO MILLÁN.

⁵⁹⁹ Entre otras, STS, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de 18 de julio de 2000, Fundamento de Derecho sexto, Ponente D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS; STS, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de 15 de noviembre de 1999, Fundamento de Derecho segundo, Ponente D. JESÚS ERNESTO PECES MORATE.

⁶⁰⁰ Auto del TS, Sala Segunda de lo Penal, de 27 de abril de 2017, Razonamiento jurídico primero, Ponente D. PALOMO DEL ARCO ANDRÉS; STS, Sala Segunda de lo Penal, de 1 de junio de 2017, Fundamento de Derecho segundo, Ponente D. JORGE BARREIRO.

⁶⁰¹ STS, Sala Segunda de lo Penal, de 11 de septiembre de 2017, Fundamento de Derecho cuarto, Ponente D. LLARENA CONDE PABLO.

actualmente su única forma de obtener ingresos era la prostitución, siendo además la misma drogodependiente, y que, en su país de origen, Ecuador, tenía tres hijas⁶⁰².

Parecida resolución llevó a cabo la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm 851/2014 al acordar la expulsión de una extranjera venezolana que fue condenada a una pena de cuatro años y seis meses de prisión por la comisión de un delito contra la salud pública y que en su país de origen tenía un hijo de seis años con problemas de audición y otro de dieciocho años aquejado de hidrocefalia y retraso mental desde el nacimiento⁶⁰³.

Finalmente, resulta muy importante la matización que realiza la Circular FGE 7/2015 al establecer que es necesario considerar la situación familiar del penado en el momento en que se dicta la sentencia, así como también en el momento en el que se ejecuta la expulsión, si entre ambos ha transcurrido un período de tiempo relevante⁶⁰⁴.

B.1.2) El arraigo laboral y económico

Por arraigo laboral se entiende el hecho de que el actor pruebe la existencia de una relación laboral o la certificación de haber cotizado a la seguridad social⁶⁰⁵.

Tal y como expone RECIO JUÁREZ, esos lazos con España carecerían por sí solos del suficiente peso para entender desproporcionada una medida de expulsión. Empero, no cabe duda de que son elementos relevantes para determinar el grado de vinculación del penado extranjero con España, y que de forma conjunta a su situación familiar o a la duración de su residencia pueden acreditar un elevado nivel de arraigo en España⁶⁰⁶.

En este sentido, QUES MENA apunta que el mayor o menor grado de vinculación que el arraigo laboral implica con el territorio depende del tipo de actividad de que se trate. Así, en el caso de actividades por cuenta ajena, la vinculación vendrá determinada por la estabilidad laboral, de modo que los contratos indefinidos sin periodo de prueba o con periodo de prueba superado son los que mayor vinculación con el territorio implican.

⁶⁰² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección segunda, núm 940/2015, de fecha 24 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA DEL ROSARIO ESTEBAN MEILAN.

⁶⁰³ Sentencia de la Provincial de Barcelona, sección sexta, núm 11/2015, de fecha 22 de diciembre de 2015. Magistrado Ponente D. JOSÉ LUIS RAMÍREZ ORTÍZ.

⁶⁰⁴ Circular FGE 7/2015, p.18.

⁶⁰⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera. Fundamento de Derecho quinto. Núm 775, de 28 de septiembre de 2016. Ponente DÑA NATALIA DE LA IGLESIA VICENTE; Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección cuarta, núm 33/2017, de fecha 18 de enero de 2017. Magistrado Ponente D. JAVIER MARCA MATUTE.

⁶⁰⁶ RECIO JUAREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal, op cit*, p. 139.

Por su parte, respecto de las actividades por cuenta propia, el citado autor considera que la intensidad de los lazos entablados será proporcional al volumen de las inversiones realizadas para la puesta en marcha y continuidad de la actividad, así como a la entidad del fondo de comercio acumulado durante su ejercicio⁶⁰⁷.

Por su parte, TORRES FERNÁNDEZ juzga necesario para poder apreciar un arraigo laboral que el extranjero demuestre que tiene un trabajo estable, así como perspectivas de continuar en el mismo, exigiéndose que se trate de un trabajo en el que el foráneo lleve, al menos, un año⁶⁰⁸. Por su parte, la jurisprudencia avala la importancia de la estabilidad reconocida por la citada autora al reconocer explícitamente que no será circunstancia suficiente a efectos de acreditar el arraigo laboral el hecho de que el extranjero haya desempeñado un trabajo puntualmente⁶⁰⁹, o que lleve mucho tiempo residiendo en España y conste que ha trabajado durante muy poco tiempo⁶¹⁰. Sí será indicativo de arraigo laboral que el extranjero tenga una oferta real de trabajo⁶¹¹.

En este sentido, tampoco será un indicador de arraigo laboral el hecho de que el sujeto haya desempeñado un trabajo en prisión durante el tiempo que estuvo cumpliendo condena⁶¹².

En puridad, cuanto más vida laboral acredite un extranjero, más posibilidades tendrá el mismo de que un tribunal considere que tiene un arraigo laboral de peso. Así, existirá un arraigo laboral si el extranjero aporta un contrato de trabajo, aunque de duración determinada, un informe en el que conste que el mismo ha realizado cursos en aras de su formación para realizar un trabajo en el sector en el que opere dicha empresa, un certificado en el que conste que ha realizado prácticas en otra empresa, informes de que el foráneo ha realizado talleres formativos en una fundación o en cualquier otra

⁶⁰⁷ QUES MENA, L., El arraigo social, económico y familiar, en el Derecho de Extranjería. Tratamiento legal y jurisprudencial, op cit, p. 2.

⁶⁰⁸ TORRES FERNÁNDEZ, ME., *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, op cit, p. 211.

⁶⁰⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, sección primera, núm 416/2017 de 7 de noviembre de 2017. Magistrado Ponente D. VÍCTOR MANUEL GARCÍA NAVAS CUÉS.

⁶¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección tercera, núm 263/2016, de 28 de septiembre de 2016. Magistrado Ponente D. RICARDO GONZÁLEZ GONZÁLEZ; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, núm 255/2017 de 14 de junio. Ponente D. EMILIO MOLINS GARCÍA ATANCE.

⁶¹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección primera, núm 36/2016, de 23 de enero de 2016. Magistrado Ponente D. JAVIER RUÍZ CASAS; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección segunda, núm 347/2017, de 30 de mayo de 2017. Magistrado Ponente DÑA MARÍA DEL PILAR PÉREZ DE RUEDA.

⁶¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, sección primera, núm 618/2016, de 30 de noviembre de 2016. Magistrado Ponente D. VÍCTOR MANUEL GARCÍA NAVASCUÉS.

entidad acreditada al efecto, y tras lo cual haya obtenido una valoración altamente positiva, etc.⁶¹³

B.1.3) El arraigo social

El arraigo social se considera un supuesto excepcional que supone una ausencia de vínculo con el país de origen de un extranjero⁶¹⁴, así como un grado de integración del mismo en las diversas estructuras sociales de una determinada sociedad⁶¹⁵. Para determinar ese grado de integración, será necesario tener en cuenta un elenco de circunstancias de muy variado cariz, constituyendo dicho elenco un *númerus apertus*. En este sentido, entre esas causas podrían encontrarse las siguientes: Que el extranjero lleve tanto tiempo en España que no tenga la más mínima conexión o vinculación con su país de origen, cosa que ocurrirá si el extranjero lleva en nuestro país desde su infancia o adolescencia⁶¹⁶; realización de un curso para aprender el español, que es un indicador muy bueno de integración social⁶¹⁷; informes de inserción social; la percepción por el extranjero de prestaciones públicas; el disponer de medios económicos de subsistencia; los reiterados intentos efectivos de regularizar su situación, y, el empadronamiento, que por sí solo no constituye una expresión de arraigo social, ya que lo único que demuestra es la presencia física del extranjero en un país, no así su grado de integración. Por otro lado, la posesión de tarjetas sanitarias no sería por sí sola una circunstancia acreditativa de arraigo social. Tampoco los certificados de cursos emitidos por ONG, y tampoco la mera permanencia en territorio español, aunque la misma se haya dado por un período extenso de trece años⁶¹⁸.

⁶¹³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, núm 287/2006, de 21 de abril. Fundamento de Derecho segundo, Magistrado Ponente DÑA BEGOÑA ORUE BASCONES.

⁶¹⁴ TORRES FERNÁNDEZ, ME., *La expulsión de extranjeros en el Derecho Penal*, op cit, p. 213.

⁶¹⁵ QUES MENA, L., El arraigo social, económico y familiar en el Derecho de Extranjería. Tratamiento legal y jurisprudencial, op cit, p. 3.

⁶¹⁶ LAFONT NICUESA, L., Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal, op cit, p. 19.

⁶¹⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, núm 485/2015, de 21 de octubre, Magistrado Ponente D. ÁNGEL RUÍZ RUÍZ.

⁶¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección primera, núm 201/2017, de 15 de marzo de 2017. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA JOSÉ GARCÍA -GALÁN SAN MIGUEL; Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, sección primera, núm 153/2017, de 3 de marzo de 2017. Magistrado Ponente DÑA MARÍA CONCEPCIÓN ROIG ANGOSTO.

Tal y como se expuso anteriormente, el arraigo familiar será aquel arraigo determinante para neutralizar una expulsión, siendo el social mucho más relativo y casuístico dependiendo siempre de las causas que se aleguen⁶¹⁹.

No obstante, a pesar de gozar de un menor peso que el arraigo familiar, dicho arraigo también puede ser impeditivo de una expulsión si aparece acreditado por medio de diferentes circunstancias de cariz laboral y económico.

A modo de ejemplo, si el individuo al que se pretende expulsar ha tenido una larga permanencia en España, posee además una residencia, ha estado dado de alta en la Tesorería General de la Seguridad Social, y, además, consta el pago de las cuotas hipotecarias a través de la cuenta bancaria abierta en una entidad, de todas estas circunstancias se deducirá una vinculación social suficientemente justificada⁶²⁰.

Cuestión importante a la hora de referirse al arraigo social sería la referente a las previas condenas del extranjero al que se pretende expulsar. En este sentido, RECIO JUÁREZ considera que la práctica de una conducta antisocial continuada, especialmente si el sujeto cuenta con antecedentes penales, es reveladora de que no existe un nivel de arraigo consolidado en España, ya que para dicho autor, el arraigo también implicaría una aceptación mínima de las normas de conductas internas, lo que es incompatible con las conductas contrarias al ordenamiento jurídico que resultan más graves, tal y como sucede con la comisión de ilícitos penales⁶²¹. En la misma línea también lo indica QUES MENA⁶²². En este sentido, en la práctica judicial, tampoco se ha considerado que exista arraigo social cuando el extranjero ya había sido condenado por un delito grave como por el que fue sancionado⁶²³.

No obstante, a pesar de que el extranjero hubiera cumplido anteriormente una condena, si se tiene constancia de informes favorables de la Junta de Tratamiento que determinen que tiene un bajo nivel de reincidencia, y tiene superadas las pruebas psicológicas que se le han practicado habiendo disfrutado de diversos permisos de salida

⁶¹⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, núm 436/2015, de 15 de mayo. Ponente D. CARLOS ALTARRIBA CANO.

⁶²⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de LLeída, sección primera, núm 537/2017, de 27 de octubre de 2017. Magistrado Ponente D. FRANCISCO SEGURA SANCHO.

⁶²¹ RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, op cit, p. 140-141.

⁶²² QUES MENA, L., *El arraigo, social, económico y familiar en el Derecho de Extranjería*. Tratamiento legal y jurisprudencial, op cit, p. 3. En este sentido lo indica, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª, núm 434/2017, de 28 de junio. Ponente D. FRANCISCO LÓPEZ VÁZQUEZ.

⁶²³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección primera, núm 204/2017, de 4 de septiembre de 2017. Magistrado Ponente DÑA ROSA MARÍA DE CASTRO MARTÍN.

para realizar estudios universitarios, se podrá determinar la existencia de un arraigo social⁶²⁴.

En este sentido, cabe indicar que la existencia de condenas previas no será por sí sola un factor determinante en la existencia o no de arraigo, sino que se procederá a valorar el conjunto del resto de circunstancias personales del penado⁶²⁵.

V.1.3) La posibilidad de cumplir una parte de la pena o su totalidad antes de llevar a cabo la expulsión

Al anterior cuestionamiento del carácter resocializador y reeducador del artículo 89 CP incitado por la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la expulsión, que, como se vio anteriormente, no sólo abarcaría a residentes en situación administrativa irregular, sino también a extranjeros en situación de residencia regular y a extranjeros comunitarios, se une la desconfianza en la consecución de la reinserción social del extranjero suscitada por el reconocimiento legal de la nueva reforma de posibilitar la expulsión una vez que el extranjero haya cumplido una parte de su pena o la totalidad de la misma.

Así pues, el nuevo artículo 89 CP regula tres regímenes de cumplimiento parcial de la pena de prisión antes de llevar a cabo la expulsión. Por un lado, el primer párrafo de dicho precepto reza: *“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”*.

Un segundo régimen de cumplimiento parcial, aunque también podría ser total, de la pena de prisión vendría regulado en el artículo 89.2 CP, que establece lo siguiente: *“Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. 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”*. En este segundo supuesto, a diferencia de lo que sucede con la aplicación parcial del artículo 89.1 CP, el legislador no señala límite máximo alguno que no sea

⁶²⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección tercera, núm 372/2017, de 1 de agosto de 2017. Magistrado Ponente DÑA MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ LUNA.

⁶²⁵ RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de los extranjeros en el proceso penal*, op cit, p.141.

cuando el penado acceda al tercer grado, o se le conceda la libertad condicional, ampliándose aún más en este caso el margen de discrecionalidad del juzgador para decidir qué parte de condena deberá cumplir el extranjero en España⁶²⁶.

En esta línea, tal y como sostiene BOZA MARTÍNEZ, la posibilidad que regula dicho precepto de que el extranjero condenado cumpla toda la pena antes de proceder a la expulsión supone una transformación de la propia naturaleza de la expulsión, ya que en estos supuestos no se podría hablar de sustitución de una pena porque no hay pena que sustituir, ni siquiera parcialmente, sino que la expulsión se configuraría aquí como una nueva penitencia⁶²⁷.

Finalmente, un tercer régimen vendría regulado tanto en el artículo 89.1 CP como en el 89.2 CP, y se manifestaría en la posibilidad de expulsar al extranjero que estuviera cumpliendo su correspondiente pena de prisión y hubiera accedido al tercer grado o se le hubiera concedido una libertad condicional. Esta tercera posibilidad será analizada en el siguiente epígrafe.

En este sentido, operarán como un freno a la adopción de cualquiera de estas modalidades parciales de expulsión, las circunstancias del hecho delictivo, y las circunstancias personales del extranjero, en especial su arraigo, que, tal y como vimos anteriormente, aparecen indicadas en el artículo 89.4 CP.

En términos generales, nos encontramos ante una regulación, que, a nuestro entender, sigue la línea regresiva establecida en las anteriores versiones del artículo 89 CP. En efecto, en las redacciones anteriores ya venía regulada la sustitución de la pena impuesta cuando esta fuera igual o superior a seis años en caso de que el extranjero hubiera cumplido las tres cuartas partes de la misma, porción que representa una gran parte de la condena.

En esta línea, la doctrina ya se había mostrado crítica con esta regulación, pues consideraba que suponía un condicionamiento de la estancia del extranjero en prisión, ya que fijarle una fecha de salida del centro penitenciario tras el cumplimiento de una parte de su pena mermaba la capacidad del foráneo de poder disfrutar de permisos, de progresar en la calificación en grado⁶²⁸, así como también planteaba dificultades a la hora de

⁶²⁶ RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, *op cit*, p. 214.

⁶²⁷ BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, *op cit*, p. 301.

⁶²⁸ ALMEIDA HERRERO, C., Pena de prisión y extranjería: Algunas especificidades legislativas, en *Cuaderno de Derecho Penitenciario*, nº16, 2008, p. 11; MIR PUIG, S., Alternativas a la pena de prisión en el nuevo Código Penal, en ASÚA BATARRITA, A(ed)., *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1998, p. 64.

aplicarle el correspondiente tratamiento penitenciario de cara a su reinserción social, imposibilitando que la pena pudiera llegar a cumplir su objetivo constitucional⁶²⁹.

En esta tesitura, se consideraba que la expulsión del extranjero tras el cumplimiento de una parte de la pena de prisión sólo podría tener una función reintegradora en dos supuestos: Si el extranjero ya iba a retornar a su país de origen tras el cumplimiento de la correspondiente pena de prisión, y si la expulsión resultaba consentida por el extranjero condenado⁶³⁰.

En esta línea, al respecto de esta nueva regulación, son varias las críticas vertidas por la doctrina. Así, señala RECIO JUÁREZ que el cumplimiento de una parte larga de la condena de prisión⁶³¹ antes de llevar a cabo la expulsión afectaría a la reinserción social del migrante condenado, ya que nos encontraríamos ante un individuo que se ha ido adaptando a ese medio carcelario, cumpliendo su correspondiente programa de tratamiento, y siendo expulsado posteriormente sin tener en cuenta su pronóstico de reinserción social⁶³².

En este sentido, CORDERO LOZANO ya criticaba la anterior regulación al respecto del cumplimiento parcial, ya que el precepto establecía que la expulsión se llevaría a cabo cuando el migrante cumpliera las tres cuartas partes de la condena, independientemente del grado de clasificación alcanzado por el extranjero. Esto es, carecía de relevancia que se encontrara en segundo grado, que hubiera regresado a primer grado, que hubiera progresado de primer a segundo grado, etc⁶³³. Así pues, lo mismo ocurriría con la regulación actual, donde se regula la expulsión tras el cumplimiento de una parte de la condena sin que en el precepto conste mención alguna a elementos con tintes preventivo-especiales positivos.

⁶²⁹ MONCLÚS MASÓ, M., Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: La consolidación de la expulsión como sanción penal especial, en RIVERA BEIRAS (coord.), *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas realidades punitivas*, Anthropos, 2005, p. 343; RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal, op cit, p. 60. En esta línea, se plantea la misma crítica en la doctrina inglesa. Léanse, entre otros, a: COONEY, F., Double punishment: The treatment of foreign national prisoners, en *Prison Service Journal*, nº205, 2013, p.49; BOSWORTH, M, HASSELBERG, I, TURNBULL, S., Punishment, citizenship and identity: An introduction, en *Criminology and Criminal Justice*, nº3, 2016, p.258; TURNBULL, S y HASSELBERG, I., From prison to detention: the carceral trajectories of foreign national prisoners in United Kingdom, en *Punishment and Society*, nº19, 2016, p.3; ALIVERTI, A., Sentencing in immigration related cases: The impact of deportability and immigration status, en *Prison Service Journal*, nº205, 2013, p.43.

⁶³⁰ BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A y MONCLÚS MASÓ, M., *Políticas y prácticas de control migratorio. Estudio comparativo del control de los migrantes en los contextos latinoamericanos y europeo*, op cit, p.86.

⁶³¹ Aquí se refiere más bien a una pena de prisión superior a cinco años.

⁶³² RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, op cit, p. 227.

⁶³³ CORDERO LOZANO, C., *Ejecución penal*, op cit, p.100.

En esta tesitura, por mor de lo establecido en el apartado primero del artículo 89 CP, el extranjero podría ser condenado a cumplir una parte ínfima de su pena de prisión, lo cual tendría unos efectos resocializadores mínimos, y posteriormente ser expulsado⁶³⁴.

De esta guisa, es necesario destacar que tanto la modalidad de sustitución regulada en el artículo 89.1 CP como la modalidad regulada en el artículo 89.2 CP justifican sus modalidades de cumplimiento parcial de la condena en prisión en una necesidad de defensa del orden jurídico y de restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, criterios que no están ligados a la consecución de la función preventivo especial positiva⁶³⁵, ya que en el texto se omite cualquier tipo de referencia a cualquier elemento relacionado con la evolución personal del condenado durante el cumplimiento de la pena, tales como: Su conducta, su evaluación respecto al programa de tratamiento que se le haya aplicado, su participación en diversas actividades, etc.⁶³⁶.

Por otro lado, otro aspecto que mostraría el alejamiento de esta regulación de la finalidad preventivo especial positiva de las penas consistiría en la posibilidad de expulsar al extranjero que hubiera cometido delitos graves sin haber cumplido la totalidad del tratamiento impuesto⁶³⁷, y es que, como expone BOZA MARTÍNEZ, el migrante es expulsado sin que en el país de origen haya ninguna institución que someta al mismo a algún tipo de control⁶³⁸, suponiendo dicha medida en palabras de ALMEIDA HERRERO

⁶³⁴ RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, op cit, p.52.

⁶³⁵ BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: El nuevo artículo 89CP*, op cit, p.303.

⁶³⁶ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, op cit, p. 94.

⁶³⁷ RECIO JUÁREZ, *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, op cit, p 87; MAGRO SERVET, V y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: Suspensión, sustitución y expulsión*, op cit, p. 187; ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., La modificación del régimen de expulsión de extranjeros como sustitutivo de la pena de prisión en la reforma del Código Penal, op cit, p. 6; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., De la sustitución de las penas privativas de libertad, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G (dir) y BARREIRO, A.J (coord.), *Comentarios al Código Penal*, op cit, p. 197.

⁶³⁸ En este sentido, BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, op cit p. 363; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, op cit p. 669; PAZ RUBIO, JM., Expulsión de extranjeros, en MARTÍN PALLÍN (dir), *Extranjeros y derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 157; PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, op cit, p. 360; TORRES FERNÁNDEZ, ME., *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, op cit, p.153; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, op cit, p. 228; MAGRO SERVET, V., La expulsión automática de los inmigrantes en la sentencia penal en el art. 89.1 CP, op cit, p. 55; TERRADILLOS BASOCO, J.M., Política penal europea de inmigración, en MUÑOZ CONDE, F (coord.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 984; SALVADOR CONCEPCIÓN, R., El inmigrante ante la sanción penal, en *Revista de Derecho. Uned*, nº14, 2014, p. 522.

un “*traslado del problema criminológico al país de origen*”⁶³⁹. En efecto, como señala RODRÍGUEZ NÚÑEZ, en los supuestos en los que un individuo haya accedido a un tratamiento, pero lo deje sin terminar, existen altas probabilidades de que el mismo no sea eficaz⁶⁴⁰.

Esta es la línea que parece seguir la Circular 7/2015 de la FGE que aboga por acordar el cumplimiento total de la pena en determinadas ocasiones, tales como: En los supuestos cualificados de delincuencia organizada (especialmente cuando cuenta con conexiones transnacionales), en casos que involucren actos que afecten seriamente a la seguridad exterior o interior del Estado, o al funcionamiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad, así como en supuestos de ataques a bienes jurídicos personales susceptibles de generar un grave sentimiento de inseguridad en la sociedad (entre los cuales debemos incluir todo delito que lleve aparejada la nueva pena de prisión permanente revisable)⁶⁴¹.

Como conclusión, y con base en estas premisas, en caso de extranjeros que hubieran cometido delitos graves, consideramos que sería más adecuado el cumplimiento completo de la pena de prisión en el centro penitenciario con su correspondiente programa de tratamiento, pudiendo volver a la sociedad tras el cumplimiento de la integridad de su pena.

V.1.4) El medio abierto como vía de acceso a la expulsión tras la reforma de la LO 1/2015

El art. 89 CP, tras la reforma del 2015, contempla dos regímenes de expulsión a través del acceso al tercer grado o a la libertad condicional. Estos son los siguientes: la expulsión del penado extranjero cuando acceda al tercer grado o a la libertad condicional, teniendo la pena de prisión impuesta una duración de uno a cinco años (art. 89.1), y la expulsión del penado extranjero cuando acceda al tercer grado o a la libertad condicional, teniendo la pena de prisión impuesta una duración superior a cinco años o cuando se le impusieran varias penas que excedieran esa duración.

⁶³⁹ ALMEIDA HERRERO, C., Pena de prisión y extranjería: Algunas especificidades legislativas, op cit, p. 11.

⁶⁴⁰ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., Fórmulas para la resocialización del delincuente en la legislación y el sistema penitenciario españoles, disponible en <https://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/arod.pdf>.

⁶⁴¹ Circular 7/2015 de la FGE, p.14

Según esta regulación, la concesión del tercer grado o de la libertad condicional un día antes del cumplimiento íntegro de la pena bastaría para sustituir la condena pendiente por la expulsión⁶⁴².

A) El medio abierto como vía de acceso a una expulsión cuando la pena de prisión impuesta tenga una duración de uno a cinco años

El art. 89 CP en su apartado primero dispone que las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por la expulsión del territorio español, pudiendo adoptar el juez o tribunal, de manera excepcional, la decisión de que una parte de la pena que no sea superior a dos tercios de su extensión se ejecute en España, y se sustituya el resto por la expulsión del territorio español.

Se desprende de aquí que al menos un tercio de la pena impuesta tiene que ser sustituida por la expulsión, seguramente con vistas a no incurrir en una quiebra del principio de *non bis in ídem*⁶⁴³, aunque dicho quebrantamiento ya se produce imponiendo una expulsión con una prohibición de regreso durante un período determinado después de haber cumplido una condena en prisión.

Ahora bien, se establece que, en todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

Esto significa que el tercer grado y la libertad condicional se presentarán como vías de acceso a una expulsión, ya que el penado, al ser clasificado en tercer grado, no va a comenzar un régimen de vida en semilibertad, ni tendrá la posibilidad de gozar de la libertad condicional, sino que va a permanecer en prisión en régimen ordinario hasta que la autoridad judicial competente (juez o tribunal sentenciador) apruebe la sustitución⁶⁴⁴.

Ahora bien, si se opta por el acuerdo de expulsión tras acceder al tercer grado y la libertad condicional, es necesario que en la sentencia se lleve a cabo un razonamiento estrictamente pormenorizado, que justifique el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español hasta que el penado extranjero acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional. En dicho razonamiento se deberá llevar a cabo una

⁶⁴² SÁNCHEZ RIBAS, J., Expulsión de extranjeros por vía penal, en *Aranzadi Digital*, nº1/2015, 2015, p. 2.

⁶⁴³ GONZÁLEZ, M.M., La cuarta reforma del artículo 89 del Código Penal relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión, *op cit*, p. 171.

⁶⁴⁴ LEGANÉS GÓMEZ, S., *La prisión abierta: Nuevo régimen jurídico*, *op cit*, p. 316.

valoración de la naturaleza de los delitos cometidos, en aras de averiguar si los mismos aconsejan el cumplimiento de la condena en España⁶⁴⁵.

No obstante, a pesar de la rigidez del precepto, ha habido casos en los que la condena de prisión era inferior a dos años y superior a un año, y no se ha optado por la expulsión, ni tras el cumplimiento de la parte de la pena, ni tras el acceso al tercer grado ni a la libertad condicional.

Tal es el supuesto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm 838/2015, de 4 de diciembre, que resolvía el caso de dos sujetos que habían sido condenados por la comisión del subtipo atenuado del artículo 368 CP. La audiencia argumentó que, tratándose de una pena de prisión inferior a los dos años, donde el legislador prioriza la reinserción social del penado a través de la suspensión de la condena prevista en el artículo 80 CP, por encima de la ejecución efectiva, sería necesario tener en cuenta los principios de proporcionalidad de las penas y no privar al penado, por el simple hecho de ser extranjero, de la posibilidad de acogerse a tales formas de reinserción⁶⁴⁶.

Con relación al aspecto competencial del artículo 89 CP, en última instancia va a ser la Administración penitenciaria la que decida la fecha en la que se materializará la expulsión, dado que es la competencia para otorgar un tercer grado o una libertad condicional⁶⁴⁷.

El hecho de que sea la Administración penitenciaria la que debe otorgar en último grado una libertad condicional produce cierta inseguridad jurídica, pues existen actualmente varias modalidades de libertad condicional, y si bien el juez determina en sentencia que la pena será sustituida al alcanzar el tercer grado o la libertad condicional, no se hace referencia alguna en la sentencia al tipo de libertad condicional, esto es, si a la ordinaria, a la adelantada o a la excepcional, siendo diferentes los requisitos de acceso a unas y a otras.

Así, para la libertad condicional ordinaria los requisitos establecidos son los siguientes: que se hayan cumplido las tres cuartas partes de la pena, que el penado haya sido clasificado en tercer grado, que se haya desempeñado una buena conducta y que exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm 817/2015.

⁶⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sección sexta, núm 838/2015, de fecha 4 de diciembre de 2015. Magistrado Ponente D. JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ SÁEZ.

⁶⁴⁷ LEGANÉS GÓMEZ, S., *La prisión abierta: Nuevo régimen jurídico*, op cit, p. 311.

⁶⁴⁸ ROLDÁN, H., El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España, en *Revista Criminológica de Ciencia Penal y Criminología*, nº12, p. 7.

Por otro lado, la libertad condicional adelantada se produce si se dan los siguientes requisitos: estar en tercer grado penitenciario, haber cumplido las dos terceras partes de la condena, haber desarrollado una buena conducta y haber desempeñado durante el cumplimiento de la condena actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de las circunstancias relacionadas con la actividad delictiva previa del interno⁶⁴⁹.

En esta línea, los criterios exigidos para conceder una libertad condicional cualificada son: haber cumplido la mitad de la condena, ser un delincuente primario, que la pena de prisión impuesta no sea superior a tres años, que se encuentren clasificados en tercer grado, que hayan desempeñado una buena conducta y que hayan desempeñado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación favorable y relevante de aquellas circunstancias personales desarrolladas con su actividad delictiva⁶⁵⁰.

Con relación a la expulsión de los extranjeros tras su acceso al tercer grado o a la libertad condicional, hay autores que consideran que, en cualquier caso, el acuerdo de la expulsión debería ser acordado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria dada su posición de órgano responsable de la ejecución de la pena y no por el órgano sentenciador que es lo que ocurre actualmente⁶⁵¹.

B) El acceso al medio abierto como vía de acceso a una expulsión cuando la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años o se impongan varias que superen esa duración

B.1) El acceso al tercer grado y la libertad condicional

En efecto, el apartado segundo del artículo 89 CP establece que cuando la pena impuesta sea superior a cinco años o se le impongan al individuo sucesivas penas, el Juez o Tribunal podrá acordar la ejecución de todo o parte de la pena en un centro penitenciario español siendo el individuo expulsado una vez que alcance alguno de estos tres estados:

⁶⁴⁹ SALAT, M., Análisis del instituto de la libertad condicional en la reforma del Código Penal de 2015, en *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº19, p. 525.

⁶⁵⁰ FERNÁNDEZ, D., MEDINA, O., El beneficio penitenciario del adelantamiento de la libertad condicional en España. Análisis histórico-evolutivo de la institución, en *Revista Criminalidad*, nº58, p. 108.

⁶⁵¹ FLORES, F., La expulsión del extranjero en el Código Penal español, en *Anales de la Facultad de Derecho*, nº18, p. 331.

cumplir la parte de la pena que se hubiere determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

En este caso, tal y como indicamos en anteriores epígrafes, a diferencia de lo acontecido en el párrafo primero no se dispone que haya un límite al cumplimiento de parte de la pena en un centro penitenciario español, con lo que habría un mayor margen de discrecionalidad a la hora de quebrantar el principio *non bis in ídem*, puesto que no habría ningún impedimento en imponer al penado el cumplimiento de una gran parte de la pena de prisión en España, o de toda, acordándose la expulsión del territorio nacional con un período de prohibición de regreso cuando no restara más pena o sólo una ínfima parte de la pena de prisión por cumplir, sufriendo así el penado extranjero un doble castigo, el cumplimiento de la pena de prisión, y la expulsión con prohibición de regreso durante el tiempo que se determine.

En esta línea, si tenemos en cuenta que la expulsión del artículo 89 CP es una medida sustitutoria, ¿qué estaría sustituyendo la expulsión si se aplica tras cumplir toda la pena?

En este sentido, este párrafo segundo del artículo 89 CP se ha utilizado en la práctica judicial sin indicar concretamente qué opción se iba a adoptar de todas las disponibles, simplemente indicando que la expulsión se llevaría a cabo cuando el individuo cumpliera la parte de la pena correspondiente, accediera al tercer grado, o a la libertad condicional⁶⁵², lo que puede generar una grave inseguridad jurídica en el interno extranjero añadida a la mencionada *supra* de no saber a qué modalidad de libertad condicional se hace referencia.

Empero, hay otras sentencias en las que de forma muy acertada y a modo de aclaración, se ha realizado una distinción entre las diversas opciones, especificando que el acusado debería cumplir en España una parte de la pena, siempre que antes no obtuviera el tercer grado penitenciario o la libertad condicional, es decir, que el penado deberá cumplir en España dos terceras partes de la pena de prisión impuesta, salvo que antes obtenga el tercer grado penitenciario o la libertad condicional⁶⁵³.

⁶⁵² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. Sección veintiséis, núm 75/2016 de fecha 8 de febrero de 2016. Magistrado Ponente D. LEOPOLDO PUENTE SEGURA.

⁶⁵³ Véanse las siguientes sentencias: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. Sección treinta, núm 936/2015, de fecha 14 de diciembre de 2015. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA CATALINA PILAR ALHAMBRA PÉREZ; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección dieciséis, núm 651/2015, de fecha 28 de septiembre de 2015. Magistrado Ponente D. MIGUEL HIDALGO ABÍA; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección sexta, núm 826/2015 de fecha 26 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA TERESA RUBIO CABRERO; Sentencia de la Audiencia Provincial

Finalmente, hay otro tercer grupo de supuestos en los que se establece que el penado será expulsado una vez que cumpla una determinada parte de la pena, sin hacer alusión en la sentencia a que podría ser expulsado antes si alcanzara el tercer grado o la libertad condicional⁶⁵⁴, supuesto que también causaría una inseguridad jurídica en el interno.

El cumplimiento de una parte de la pena en un centro penitenciario español antes de que se lleve a cabo la expulsión con un determinado plazo de prohibición de regreso es *praxis* habitual cuando el extranjero ha sido condenado a una pena de prisión superior a seis años⁶⁵⁵.

Este *modus operandi* también es habitual en los supuestos de importadores de drogas en cantidades considerables⁶⁵⁶ y en supuestos de cantidades rayanas a la notoria importancia⁶⁵⁷, dado que una expulsión sin haber cumplido al menos una parte de la pena en España conllevaría dotar de impunidad a este tipo de conductas, así como pagarle al delincuente el retorno a su país de origen para que pueda regresar con otro alijo de droga.

Evidentemente, esto conlleva un efecto criminógeno, que no se produce en el caso de vendedores callejeros de papelinás, siempre y cuando con anterioridad se hayan estudiado las circunstancias de los mismos.

de Madrid, sección dieciseisava, núm 654/2015, de fecha 28 de septiembre de 2015. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA TERESA RUBIO CABRERO; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. Sección veintitrés, núm 682/2015, de fecha 14 de octubre de 2015. Magistrado Ponente D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección dieciséis, núm 777/2015, de fecha 18 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente DÑA. M^o CRUZ ALVARO LÓPEZ; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección sexta, núm 2/2016, de 12 de enero de 2016. Magistrado Ponente D. JULIÁN ABAD CRESPO; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección treinta, núm 169/2016, de fecha 7 de marzo de 2016. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA CATALINA PILAR ALHAMBRA PÉREZ. En este último supuesto, la acusada fue condenada por un delito contra la salud pública a una pena de prisión de seis años, siendo sustituida la misma por la expulsión del territorio nacional cuando la misma hubiera cumplido dos años en un centro penitenciario español, siendo considerado ese período como el adecuado para que finalidades de las penas como la prevención general o especial no resultaran dañadas y tampoco se generara un efecto llamada para la comisión de delitos contra la salud pública en España.

⁶⁵⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección dieciséis, núm 655/2015, de fecha 28 de septiembre de 2015. Magistrado Ponente D. ALBERTO MOLINARI LÓPEZ-RECUERO; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección sexta, núm 665/2015, de fecha 25 de septiembre de 2015. Magistrado Ponente D. JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ PRIETO.

⁶⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección treinta, núm 956/2015, de fecha 15 de diciembre de 2015. Magistrada Ponente DÑA. MARÍA PILAR OLIVÁN LACASTA; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección veintinueve, núm 696/2015, de fecha 18 de noviembre de 2015. Magistrada Ponente D. FRANCISCO BUENAVENTURA FERRER PUJOL; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección cuarta, núm 426/2015, de fecha 7 de septiembre de 2015. Magistrado Ponente D. MARIO PESTANA PÉREZ; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección dieciséis, núm 681/2015, de fecha 14 de octubre de 2015. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA CRUZ ÁLVARO LÓPEZ.

⁶⁵⁶ Entre otras, véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección veintitrés, núm 671/2016, de fecha 10 de noviembre de 2016. Magistrado Ponente D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN.

⁶⁵⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección primera, núm 463/2015, de fecha 19 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente D. MANUEL CHACÓN ALONSO.

Este razonamiento es fruto de una doctrina ya asentada por el TS⁶⁵⁸. Además, la Audiencia Provincial considera que expulsando a los importadores de droga en grandes cantidades no solamente se estaría generando un efecto llamada, sino que se estaría incumpliendo la finalidad de prevención especial positiva.

En esta línea, debemos anotar que el tiempo de prisión provisional sufrido por el extranjero condenado será tenido en cuenta a los efectos de cumplir la parte de condena que le hubiere sido impuesta, tras la cual será expulsado del país⁶⁵⁹.

B.2) El acceso del penado extranjero al tercer grado y el período de seguridad

Al tratarse de penas superiores a cinco años, el acceso del penado extranjero al tercer grado podrá requerir que el sujeto haya pasado el período de seguridad reconocido en el artículo 36 CP, un período temporal que va a impedir que el interno tenga la posibilidad de reinsertarse durante el tiempo que el mismo dura⁶⁶⁰, potenciándose así la prevención general y no la prevención especial positiva. Dicho régimen fue introducido por la Ley Orgánica 7/2003⁶⁶¹. En este sentido, dicho artículo ofrece dos regímenes, uno facultativo y otro obligatorio.

El régimen facultativo establece que cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se haga efectiva hasta el cumplimiento de la mitad de la misma.

Por otro lado, el régimen obligatorio establece que si la duración de la pena de prisión impuesta es superior a cinco años y se trata de los delitos que a continuación enumeramos, la clasificación del condenado en tercer grado no podrá efectuarse hasta que cumpla la mitad de la condena. Esos son los siguientes: Delitos referentes a

⁶⁵⁸ Entre otras, la STS, Sala Segunda de lo Penal, de fecha de 8 de junio de 2009. Magistrado Ponente D. LUIS ROMÁN PUERTA LUIS. Fundamento de Derecho Tercero.

⁶⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección segunda, núm 434/2015 de fecha 2 de octubre de 2015. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA CONCEPCIÓN ROIG ANGOSTO; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección tercera, núm 766/2015, de fecha 27 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente D. EDUARDO BERMÚDEZ OCHOA. En efecto, el artículo 58 CP establece que: *“El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa”*

⁶⁶⁰ FUENTES, L., Sistema de clasificación penitenciaria y el período de seguridad del artículo 36.2 del Código Penal, en *Indret*, n°1, 2010, p. 10.

⁶⁶¹ LLOBET, M., La ficticia realidad modificada por la ley de cumplimiento íntegro de las penas y sus perversas consecuencias, en *Indret*, n°1, p. 11.

organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del capítulo séptimo del título XXII del libro II de este Código; delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal; delitos del artículo 183 CP y del capítulo V del título VIII del libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.

En este sentido, el mismo límite temporal existe a la hora de acceder a la libertad condicional, dado que, como se ha expuesto anteriormente, entre los requisitos establecidos para acceder a la misma se exige que el penado se encuentre clasificado en tercer grado⁶⁶², entre otras cláusulas, dependiendo del tipo de libertad condicional.

C) La contradicción entre el Derecho penal y el Derecho penitenciario

Sin duda alguna, bajo nuestro punto de vista, uno de los aspectos más controvertidos de esta nueva reforma de la Ley Orgánica 1/2015 estriba en la utilización de dos instituciones tan importantes para conseguir la reinserción social del penado, como lo son el tercer grado⁶⁶³ y la libertad condicional, como vías de acceso a una expulsión del territorio nacional.

En consonancia con lo anterior, se puede aseverar que la LOGP y el CP han adoptado posiciones totalmente antagónicas con relación a la reinserción social de los extranjeros.

Por un lado, la LOGP introdujo un sistema de individualización científica de separación de grados⁶⁶⁴, sistema que permite la progresión hacia formas más favorables de cumplimiento, consistentes en un régimen de semilibertad o de libertad condicional cuando se constate la existencia de una evolución favorable en el interno.

Por otro lado, el CP, a través del artículo 89 CP, configura el acceso al tercer grado y a la libertad condicional como vías para que se lleve a cabo la expulsión, actuando así de brazo ejecutor de unas políticas de extranjería que parecen no mostrarse muy proclives a procurar la reinserción social de los extranjeros⁶⁶⁵.

Esta contradicción entre el Derecho penal y el Derecho penitenciario se vislumbra de una forma más clara si establecemos una comparación entre lo estipulado en el art. 89

⁶⁶² Artículo 90 CP.

⁶⁶³ Tal y como establece el artículo 102.4 RP, la clasificación de un interno en tercer grado indica que el penado está preparado para vivir en régimen de semilibertad.

⁶⁶⁴ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *La ejecución de penas en España, la reinserción social en retirada*, op cit, p. 46.

⁶⁶⁵ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El modelo político criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes*, op cit, p. 36.

CP y lo establecido en el art. 197 RP. Así, mientras el nuevo art. 89 regula la libertad condicional como un acceso a una expulsión del extranjero hacia su país de origen, el art. 197 RP regula la posibilidad de que el condenado extranjero que se encuentra en situación administrativa irregular cumpla esa libertad condicional en su país de residencia, sometiéndose a un control durante el cumplimiento de la misma⁶⁶⁶.

Esto significa que, mientras que con el régimen del art. 89 CP el extranjero es expulsado cuando accede a la libertad condicional, sin ningún tipo de control por el Estado correspondiente, desconociendo, por lo tanto, su pronóstico de reinserción social una vez expulsado, el art. 197 RP regula la posibilidad de que el extranjero pueda cumplir la libertad condicional en su país de residencia, debiendo tener en cuenta una serie de cautelas que el Estado de ejecución deberá adoptar a los efectos del cumplimiento de la libertad condicional⁶⁶⁷.

En efecto, el artículo 197 RP sirve a un objetivo fundamental, cual es la consecución de la reinserción social de los condenados extranjeros, y por ello, siguiendo a LEGANÉS GÓMEZ, consideramos que en su redacción la regularidad o irregularidad de la situación administrativa del extranjero no debería establecer una diferenciación en el disfrute de dicha medida, ya que como expone el citado autor, si este artículo encuentra su fundamento en las necesidades para la reinserción social de los extranjeros que cumplen condena lejos de su país de residencia, entonces cualquier condenado en esta situación debería poder acceder a esta medida⁶⁶⁸.

La herramienta jurídica que dicho precepto regula permite abordar con mayores probabilidades de éxito la tarea de la reinserción social del delincuente extranjero, ya que, aunque los derechos de los extranjeros en prisión sean los mismos que los que tiene cualquier ciudadano español privado de libertad⁶⁶⁹, lo cierto es que la falta de arraigo que el delincuente extranjero tenga en España supone un *hándicap* añadido para lograr, ya no solo la reinserción social, sino una primera inserción. En efecto, en ocasiones, el penado

⁶⁶⁶ MAPELLI CAFFARENA, B y GONZÁLEZ CANO, M.I., *El traslado de personas condenadas entre países*, Mc Graw Hill, 2001, p. 42.

⁶⁶⁷ Por su parte, una de las reglas de conducta que impondrá el Juez de Vigilancia Penitenciaria español será no regresar a España antes de la fecha del licenciamiento definitivo sin la previa autorización de dicho órgano judicial. Véase en RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, op cit, p. 272.

⁶⁶⁸ LEGANÉS GÓMEZ, S., *La expulsión de los penados extranjeros*, op cit, p. 20; SOLAR CALVO, P., *La transmisión de resoluciones de libertad condicional en países de la UE. A propósito de los autos del JVP nº3 de Madrid de 28 de noviembre de 2016 y 30 de diciembre de 2016*, en *Diario la Ley*, nº8940, 2017, p. 4.

⁶⁶⁹ Artículos 13, 14 y 25 CE.

extranjero se puede enfrentar con una barrera lingüística, con unos códigos culturales ajenos y, sobre todo, con una falta de apoyo familiar externo u otro tipo de apoyo que no venga de instituciones benéficas, lo que unido a un entorno extraño sin duda alguna implica una situación especialmente complicada para aplicar un tratamiento penitenciario con posibilidades de éxito⁶⁷⁰.

En idéntico sentido se pronuncia LEGANÉS al afirmar que el art. 197 RP es un precepto de vital importancia, dado que, desde una óptica resocializadora, si el condenado tiene más posibilidades de reinsertarse en el lugar donde reside, por tener familia u oportunidades laborales, es allí donde debiera cumplirse la libertad condicional⁶⁷¹.

Con respecto al ámbito subjetivo de aplicación de esta medida, resta por determinar si esta modalidad de cumplimiento de libertad condicional tan beneficiosa y eficaz podría también ser aplicada a los ciudadanos comunitarios, y es que, en la redacción del precepto se aplicará tanto a internos extranjeros no residentes legalmente en España, como a españoles residentes en el extranjero. La doctrina considera que con base en el “principio de no discriminación” instaurado en la Unión Europea respecto de los ciudadanos comunitarios, estos deberían tener las mismas opciones que un español. En efecto, su ámbito de aplicación se extiende al disfrute de la libertad condicional en su país de origen de los ciudadanos de la Unión Europea que cumplen una condena de prisión en España⁶⁷².

En este orden de hechos, como con acierto apunta LEGANÉS GÓMEZ⁶⁷³, ni la LOGP ni el CP regulan el cumplimiento de la libertad condicional en el país de residencia del extranjero, y sí lo hace el RP, con lo cual este tipo de libertad condicional no gozaría de cobertura legal, lo cual dificulta su aplicación.

En esta línea, también es totalmente cierto que, al igual que ocurre con la problemática anteriormente expuesta de no especificar el artículo 89 CP qué tipo de

⁶⁷⁰ RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, op cit, p. 262; DE MARCOS MADRUGA, F., Una aproximación al tratamiento penitenciario de los extranjeros en prisión, en *Diario La Ley*, nº7410, 2010, p. 4.

⁶⁷¹ LEGANÉS GÓMEZ, S., *La prisión abierta, nuevo régimen jurídico*, op cit, p. 324; LEGANÉS GÓMEZ, S., La expulsión de los penados extranjeros, op cit, p. 19.

⁶⁷² PÉREZ DE TUDELA, E.M., Las medidas repatriativas en el ámbito penitenciario: especial mención al traslado de personas condenadas a la luz de las nuevas reformas legislativas, op cit, p. 5; BÁRAS GONZÁLEZ, M., *El espacio penitenciario europeo*, Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, 2012, p. 69.

⁶⁷³ LEGANÉS GÓMEZ., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, op cit, p. 559.

libertad condicional forzará al extranjero a ser expulsado⁶⁷⁴, el artículo 197 RP tampoco parece estar al día en ese aspecto, dado que cuando alude a la libertad condicional, no especifica el tipo de libertad condicional concreto. Junto con RECIO JUÁREZ entendemos que cualesquiera de las modalidades de libertad condicional posibilitarán el acceso a la vía marcada por el artículo 197 RP⁶⁷⁵.

De vital importancia es el aspecto remarcado por LEGANÉS GÓMEZ, quien indica que uno de los principales problemas que plantea esta modalidad de cumplimiento de condena es la ausencia de Tratados Internacionales realmente efectivos para seguir la pista del liberado⁶⁷⁶. En efecto, el control que se ejerce sobre el extranjero que disfruta esta medida en cuanto a su ubicación especial real y al cumplimiento de las condiciones impuestas es nulo, dándose con ello carta blanca a aquellos delincuentes de carácter internacional y facilidad de traslado. SOLAR CALVO considera al respecto que dicha ausencia de controles produciría una suerte de irresponsabilidad institucional, ya que nada se dice en el precepto de las medidas concretas de control a aplicar. De modo que, en palabras de este autor, el artículo 197 RP se convertiría en una suerte de excarcelación temprana, más similar a la libertad definitiva que a la libertad condicional y carente de todo control penitenciario efectivo⁶⁷⁷. En este sentido, cabe mencionar al efecto, que el Convenio del Consejo de Europa de 30 de noviembre de 1964, relativo a la vigilancia de las personas con condenas en suspenso o en libertad condicional, ha sido sólo ratificado por doce Estados Miembros, de los que España no forma parte⁶⁷⁸. En esta línea, como afirma SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, en muchos de los países de origen de los internos extranjeros ni siquiera se respetan los derechos humanos, ¿cómo va a haber un convenio o acuerdo de traslado de personas condenadas o un procedimiento de seguimiento de la libertad condicional en su territorio?⁶⁷⁹.

⁶⁷⁴ Recordemos que tal y como se puso de manifiesto en epígrafes anteriores hay varios tipos de libertad condicional. El artículo 89 sólo menciona que el extranjero será expulsado al alcanzar la libertad condicional pero no se dice nada acerca de qué tipo de libertad condicional forzará dicha expulsión.

⁶⁷⁵ RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, op cit, p. 271.

⁶⁷⁶ Tratado sobre traslado de personas condenadas celebrado por España con la República Argentina, hecho en Buenos Aires el 29 de octubre de 1987; el tratado con la República de Paraguay, firmado en Asunción el 7 de septiembre de 1994; con la República de El Salvador; firmado en San Salvador el 14 de febrero de 1995, y con la República de Panamá, firmado el 20 de marzo de 1996.

⁶⁷⁷ SOLAR CALVO, P., La transmisión de resoluciones de libertad condicional en países de la UE. A propósito de los Autos del JVP nº3 de Madrid de 28 de noviembre de 2016 y 30 de diciembre de 2016, op cit, p. 4.

⁶⁷⁸ LEGANÉS GÓMEZ, S., La expulsión de los penados extranjeros, op cit, p. 20.

⁶⁷⁹ SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, A., Inmigrantes cumpliendo condena: un recorrido real por un tratamiento inventado, op cit, p. 3.

Lógicamente, todo este elenco de inconvenientes justifica las reticencias de algunos equipos de tratamiento para elevar propuestas de cumplimiento de libertad condicional en el extranjero⁶⁸⁰. Como consecuencia de ello, en la práctica, el uso de la expulsión en el marco del art.197 RP ha ido disminuyendo progresivamente desde el año 2011 hasta el 2017, de forma proporcional a la reducción del volumen de población reclusa extranjera en prisión, tal y como se muestra en la tabla nº2.

Tabla nº2

Disminución de las expulsiones en el marco del artículo 197 RP

Año	Nº de internos extranjeros	Nº de expulsiones vía art.197 RP aplicadas	Porcentaje expulsiones vía Art.197 RP aplicadas
2011	19690	942	4,78%
2012	18346	626	3,41%
2013	16778	509	3,03%
2014	15625	470	3%
2015	14042	414	2,94%
2016	13384	322	2,40%
2017	12935	212	1,66%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos obtenidos del Informe General de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del año 2017.

V.1.5) La introducción de la expulsión de ciudadanos comunitarios

El artículo 20.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) reconoce que los ciudadanos de la Unión Europea tienen el derecho, entre otros, de circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros. Tras la reforma del CP del 2015 esa libertad reconocida en el artículo 20.2 TFUE ha encontrado un límite de cariz penal en el artículo 89 CP.

En esta línea, con anterioridad a la reforma del 2015, si se quería expulsar a un extranjero comunitario de España era necesario hacerlo por la vía administrativa y no penal, invocando concretamente el artículo 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁶⁸¹, Real Decreto a través del cual se transponía al Derecho

⁶⁸⁰ LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciario, permisos de salida y extranjeros en prisión, op cit*, p. 326; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, A., *Inmigrantes cumpliendo condena: un recorrido real por un tratamiento inventado*, en *Diario La Ley*, nº7616, 2011, p. 3.

⁶⁸¹ DÍAZ MARTÍN, C., *Consecuencias jurídicas en la ejecución de las penas en prisión derivadas de la LO 1/2015*, en *Revista Aranzadi doctrinal*, nº2, 2016, p.8.

español la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004⁶⁸².

Este Real Decreto derogó la regulación anterior contenida en el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, el cual a su vez abrogó la regulación inicial contenida en el Real Decreto 776/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas, así como el Real Decreto 737/1995 que asimilaba a estos efectos los nacionales de terceros Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo, y el Real Decreto 1710/1997 que lo modificaba⁶⁸³.

En este sentido, este artículo reza que *“cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado Miembro de la Unión Europea, o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia: c) Ordenar la expulsión o devolución del territorio español”*.

Con esta nueva regulación, el artículo 89 CP se ajusta y se apoya en materia de expulsión a lo regulado en la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, y que como se acaba de mencionar ya recogía el artículo 15 del Real Decreto 240/2007⁶⁸⁴.

En virtud del artículo 2 de la citada Directiva, un ciudadano comunitario será aquel que tenga la nacionalidad de un Estado Miembro. En aquellos casos en los que el extranjero tenga dos nacionalidades, una de un país comunitario y otra de un extracomunitario, será suficiente con que una de ellas sea la de un Estado Miembro para que sea considerado comunitario⁶⁸⁵.

En este sentido, tras la reforma del 2015, por un lado, se recoge la posibilidad de expulsar a ciudadanos comunitarios a los que se les haya impuesto una pena de prisión superior al año tal y como indica el primer apartado del precepto, y que además sean

⁶⁸² IGLESIAS RÍO, M., La expulsión de extranjeros, en QUINTERO OLIVARES, G (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, op cit, p. 176.

⁶⁸³ BATUECAS, J.M., *La expulsión del extranjero en la legislación española*, op cit, p. 12.

⁶⁸⁴ RECIO JUÁREZ, M., Claves de la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal, op cit, p. 6; ROIG TORRES, M., La expulsión de los extranjeros en el proyecto de Reforma del Código Penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH. Unas notas sobre el derecho británico, op cit, p. 471.

⁶⁸⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de fecha 7 de julio de 1992. Asunto C-369/90. Mario Vicente Micheletti y otros, párrafo 14.

considerados una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública atendiendo a la naturaleza, circunstancias personales y a la gravedad del delito cometido.

Por otro lado, se establece que, cuando además de darse las circunstancias que se acaban de mencionar, el ciudadano comunitario hubiera residido en España durante los diez años anteriores, procederá la expulsión cuando: a) hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, la libertad, la integridad física y la 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) cuando el extranjero hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

En esta línea, cabe indicar que, a pesar del reconocimiento explícito de esta modalidad de expulsión, la propia Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, establece que *“la sustitución de las penas de prisión por la medida de expulsión del territorio nacional en el caso de delitos cometidos por un ciudadano europeo, se contempla con carácter excepcional”*⁶⁸⁶.

En puridad, este régimen de expulsión comunitario se mostraría mucho más estricto que el régimen común reconocido en los artículos 89.1 y 89.2, configurándose el mismo como una suerte de protección frente a la expulsión de los ciudadanos extracomunitarios, al exigir un elenco de condicionantes que van más allá del simple criterio cronológico de la pena de prisión superior a un año y de su condición de no nacional español.

A) Ámbito de aplicación subjetivo

Una vez referenciada la novedad que supone la introducción de este régimen de expulsión de ciudadanos comunitarios en el CP, conviene aclarar la cuestión de su ámbito de aplicación subjetivo, esto es, el elenco de extranjeros a los que se les va a aplicar este régimen.

Así, en un principio, el tenor del precepto se refiere a *“la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea”*, lo que apriorísticamente vendría a significar que, al no tratarse estrictamente de ciudadanos de la Unión, les sería aplicable el régimen común previsto en el artículo 89.1 y 2 para el resto de foráneos extracomunitarios.

⁶⁸⁶ En este sentido también lo apunta PERIS RIERA, J.M., El nuevo modelo omnicompreensivo de suspensión de la ejecución de la pena, en MORILLAS CUEVA, L., *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, Dykinson, 2016, p. 189.

Empero, la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados Miembros, matiza esta interpretación al establecer en su artículo 28.2 que “*el Estado miembro de acogida no podrá tomar una decisión de expulsión del territorio contra un ciudadano de la Unión Europea o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, que haya adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, excepto por motivos graves de orden público o de seguridad pública*”.

En consecuencia, la protección frente a la expulsión que regula la citada Directiva obliga a comprender dentro de la misma a los familiares de los ciudadanos de la Unión Europea, de modo que aunque el artículo 89.4 CP no mencione expresamente a los miembros de la familia de los ciudadanos comunitarios, el establecimiento de un directo ligamen entre esas personas que no son nacionales de uno de los Estados Miembros y cualquier ciudadano de la Unión Europea implica que se ven amparadas por aquel nivel reforzado de protección, con la finalidad de salvaguardar las relaciones familiares de estos últimos.

En síntesis, los penados extranjeros extracomunitarios que sean miembros de la familia de un ciudadano de la Unión Europea residente en España quedarán al abrigo del régimen previsto en los párrafos segundo y tercero del artículo 89.4 CP, no siéndoles de aplicación el régimen común previsto para el resto de foráneos extracomunitarios⁶⁸⁷.

Es el artículo 2.2 de la citada Directiva europea el que establece qué ha de entenderse por miembro de la familia a estos efectos. En puridad, por miembro de la familia se habrá de entender: el cónyuge; La pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada con arreglo a la legislación de un Estado Miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado Miembro de acogida; los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b, y por último, los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b).

⁶⁸⁷ RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, op cit, p. 115. PÁEZ MÉNDEZ conoce a estos sujetos como “nacionales de terceros países beneficiarios del derecho comunitario”. Véase en PÁEZ MÉNDEZ, M., *La expulsión de ciudadanos de la Unión Europea como medida que limita su derecho a la libertad de circulación y residencia*, en *Seguridad y Ciudadanía: Revista del Ministerio del Interior*, nº2, 2009, p. 55.

A) *El cónyuge*

Tal y como se acaba de mencionar, dentro del ámbito de protección del apartado cuarto del artículo 89 queda incluido el cónyuge extranjero de un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, así como de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de la Confederación Suiza, así como la pareja de hecho con la que el ciudadano de la Unión haya celebrado una unión registrada, lo cual significa que, en principio, será necesario que la relación afectiva conste en el correspondiente registro público⁶⁸⁸.

En este sentido, respecto al deber de registrar la pareja, estamos con RECIO JUÁREZ al considerar que lo importante sería probar la existencia de un vínculo real entre el ciudadano europeo y la tercera persona, nexo al que se refiere el propio artículo 3.2b) de la Directiva 2004/38 cuando habla de “*Relación estable debidamente probada*”. En este sentido, ese nexo estable podrá ser debidamente probado, no sólo a través de la inscripción de la pareja en el correspondiente Registro Público, sino mediante otras vías que prueben esa efectiva vida en pareja⁶⁸⁹.

En esta tesitura, cabe preguntarse qué ocurriría en el supuesto de que la pareja se separe legalmente o, de hecho. El TS ha establecido que ni la separación legal ni la de hecho suponen la separación definitiva del vínculo matrimonial, por lo que, a todos los efectos, el cónyuge o pareja extranjera seguiría considerándose familiar de un ciudadano de la Unión Europea, a pesar de que la pareja esté separada pero no divorciada⁶⁹⁰.

B) *Los descendientes y los ascendientes*

Dentro de este grupo quedan incluidos, por un lado, los descendientes directos menores de 21 años o a cargo, y los del cónyuge o de la pareja y, por otro lado, los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja⁶⁹¹.

En esta línea, en cuanto a la referencia al grado de parentesco directo de descendientes y ascendientes, se plantea la cuestión de si el término descendientes

⁶⁸⁸ RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, op cit, p. 116.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 116.

⁶⁹⁰ “*Como quiera que la situación de separación legal no implica -como sí acontece con la nulidad matrimonial o el divorcio- una desaparición definitiva del vínculo matrimonial, en tales supuestos no debe desaparecer tampoco la extensión- al cónyuge separado legalmente- del régimen jurídico contenido en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, que transpone la Directiva 2004/38/CE*”. Véase en STS, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de 1 de junio de 2010. Fundamento de Derecho tercero. Ponente. D. RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE.

⁶⁹¹ RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, op cit, p. 117.

comprendería sólo a los hijos naturales, o también a los adoptivos. En esta línea, RECIO JUÁREZ considera que dentro de dicho vocablo se incluirían también los hijos adoptivos⁶⁹².

De esta suerte, afirma que, al tratarse de descendientes menores de 21 años, bastará con acreditar la edad para que opere el nivel de protección del 89.4 CP. No obstante, en caso de mayores de 21 años, o ascendientes, será preciso que concurra, además del vínculo, la dependencia del penado extranjero del ciudadano comunitario. Es decir, además de formar parte de la unidad familiar, se deberá acreditar que viven a expensas del ciudadano comunitario⁶⁹³.

Esta dependencia económica viene a significar que el ciudadano comunitario o su cónyuge garantizan los recursos necesarios para la subsistencia del miembro de la familia⁶⁹⁴.

Con respecto a los descendientes, no sólo estarán incluidos los hijos comunes del matrimonio, sino los que tuvieran cada uno de los cónyuges de las relaciones anteriores. Igualmente se incluirán los ascendientes de cada uno de los miembros de la pareja, tanto ascendientes directos por consanguinidad del ciudadano de la Unión Europea, como también, por afinidad, los ascendientes de su cónyuge o pareja⁶⁹⁵. Ahora bien, en estos supuestos, la disolución del vínculo matrimonial o la interrupción de la convivencia de la pareja conllevará la no aplicación del régimen previsto en el artículo 89.4 CP a los hijos no comunes y padres del cónyuge o pareja extracomunitario⁶⁹⁶.

C) Otros miembros de la familia

En efecto, tanto el artículo 2.2 bis del Real Decreto 240/2007, como la Circular FGE 7/2015 afirman que el ámbito de protección del artículo 89.4 CP se extenderá a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que no se encuentren comprendidos en

⁶⁹² En el mismo sentido se pronuncia la Circular de la Fiscalía General del Estado 7/2015, p. 24.

⁶⁹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de fecha 9 de enero de 2007. Asunto C-1/05-Yunying Jia y Migrationsverket, párrafo 22.

⁶⁹⁴ En esta línea, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de enero de 2007 ha establecido en su párrafo 22 que “*es obligado suponer dicha situación cuando el miembro de la familia del ciudadano comunitario necesita el apoyo económico de este para alcanzar o mantener el nivel de vida que desea, o bien considerar que la situación de dependencia tiene su origen en el hecho de que, sin dicho apoyo económico, el miembro de la familia sería incapaz de lograr un nivel de vida digno en su país de origen*”.

⁶⁹⁵ RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, op cit, p. 118.

⁶⁹⁶ *Ibidem*, p. 118.

los supuestos anteriores y que se encuentren en alguna de las siguientes circunstancias: 1) que en el país de procedencia esté a su cargo o vivan con él; 2) que por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia .

Tal y como sostiene RECIO JUÁREZ, esta situación de dependencia concurre cuando un miembro de la familia está a cargo del ciudadano de la Unión Europea o de su pareja, de manera que el apoyo que recibe implica una obligación jurídica de carácter vinculante reconocida por los Estados Miembros⁶⁹⁷ .

B) El doble régimen de expulsión del artículo 89.4

Una vez analizada la introducción de dicho régimen de expulsión en el CP y habiéndose apelado al ámbito subjetivo de aplicación de dicha regulación, es momento de profundizar en su análisis, puesto que en dicha disposición se normaliza un doble régimen de expulsión de ciudadanos comunitarios, el que bien podríamos denominar “régimen ordinario” y el “régimen excepcional”, modalidades que se examinarán a continuación.

B.1) El régimen ordinario de expulsión

El régimen ordinario es un sistema de expulsión penal que exige como único requisito para poder expulsar al ciudadano comunitario que el mismo entrañe una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, reparando en la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, así como en sus antecedentes y circunstancias personales.

B.1.1) El orden público y la seguridad pública como fundamento para practicar una expulsión

En términos generales, aunque tanto el orden público como la seguridad pública son términos ligados a una convivencia social pacífica que resultará perturbada cuando se constate el ataque a un bien jurídico protegido como consecuencia de la violación de un derecho o una libertad de los particulares a los valores democráticos de una sociedad, o cuando dicho ataque afecte de forma negativa al ejercicio de competencias públicas

⁶⁹⁷ *Ibidem*, p. 119.

regladas⁶⁹⁸, ambos términos son conceptos jurídicos indeterminados que van variando y que precisan de una interpretación actualizada en función del delito concreto cometido, así como de las circunstancias concretas del sujeto⁶⁹⁹. En este sentido, se considera que el concepto de orden público es más amplio que el de seguridad pública⁷⁰⁰.

Si bien los Estados Miembros van a disponer de cierta libertad para definir con arreglo a sus necesidades nacionales, que bien pueden variar de un Estado miembro a otro y de una época a otra, las exigencias de orden público y de seguridad pública, esas exigencias deben interpretarse en sentido estricto, de manera que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado Miembro sin un control superior de las instituciones de la Unión Europea⁷⁰¹.

En esta línea, con relación a qué debe entenderse por “orden público”, la jurisprudencia europea ha aclarado que el concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad⁷⁰².

Por otro lado, por “seguridad pública”, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), se entenderá tanto la seguridad interior de un Estado Miembro como su seguridad exterior⁷⁰³, pudiendo verse afectada la misma por un elenco

⁶⁹⁸ MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: Una reevaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº49, 2014, p. 776; VILLAR FUENTES, M.I., Motivos graves de orden público, una excepción a la protección reforzada contra la expulsión de ciudadanos comunitarios con diez años de residencia en el Estado de acogida, en *Revista Internacional Doctrina y Jurisprudencia*, nº4, 2013, p. 8.

⁶⁹⁹ EVELINA RIESTE, O., Free movement of EU citizens: Limitations on grounds of public policy, public security and public health, en *Challenges of the Knowledge Society Law*, vol1, 2001, p. 725; MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: Una reevaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE, op cit, p. 780.

⁷⁰⁰ PÁEZ MÉNDEZ, M., La expulsión de ciudadanos de la Unión Europea como medida que limita su derecho a la libertad de circulación y residencia, op cit, p. 60.

⁷⁰¹ RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, op cit, p. 109.

⁷⁰² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de fecha 17 de noviembre de 2011, Asunto C-430/10-Hristo Gaydarov contra Director na Glavna direktsia “Ohranitelna politisia” pri Ministerstvo na vatreshnite raboti, párrafo 33; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de fecha 8 de diciembre de 2011, Asunto C-371/08-Nural Ziebell contra Land Baden Württemberg, párrafo 82.

⁷⁰³ Entre otras: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de fecha 11 de enero de 2000, Asunto C-285/98-Tanja Kreil contra Bundesrepublik Deutschland, párrafo 17; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de fecha 11 de marzo de 2003, Asunto C-186/01-Alexander Dory contra República Federal de Alemania, párrafo 32; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de fecha 26 de octubre de 1999, Asunto C-273/97-Ángela María Sirdar y The rmy Board, Secretary of the State for Defense, párrafo 17; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 4 de octubre de 1991, Asunto C-367/89-Richardt y Les Accessoires Scientifiques, párrafo

de motivos -el riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores, el tráfico de estupefacientes mediante banda organizada cuando por su gravedad es capaz de amenazar la tranquilidad y la seguridad de la población en su conjunto o de tan solo una parte de ella⁷⁰⁴, etc.-, que fundamenten la adopción de una respuesta frente a los ataques graves contra los valores democráticos de una sociedad.

Como se puede apreciar, tanto el orden público como la seguridad pública son conceptos respecto de los cuales se deberá realizar una apreciación actualizada y minuciosa que se aleja de la simplicidad que se denota de la redacción del artículo 89.4.

En esta tesitura, con relación a la amenaza grave para el orden público o la seguridad pública que el foráneo comunitario debe constituir para poder ser expulsado por la vía del artículo 89.4, cabe indicar que dicha amenaza no se puede identificar con cualquier violación de una norma que conlleve una condena superior a un año de prisión⁷⁰⁵, esto es, la condena penal correspondiente sólo podrá apreciarse en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto que existe un comportamiento personal constituyente no sólo de una amenaza actual para el orden público⁷⁰⁶, sino también, de la posibilidad de que el individuo prosiga con su conducta delictiva en el futuro⁷⁰⁷, teniéndose también en cuenta los antecedentes que el mismo tenga en su país de origen o en otro país⁷⁰⁸, sin olvidar que, aunque estas condenas previas sean un elemento evaluador de la peligrosidad del extranjero importante, no serán por si solas suficiente⁷⁰⁹.

22; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 17 de octubre de 1995, Asunto C-83/94 Leifer y otros, párrafo 26.

⁷⁰⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de fecha 23 de noviembre de 2010, Asunto C-145/09-Baden Württemberg y Panagiotis Tsakouridis, párrafos 43 y ss.

⁷⁰⁵ KESSEDJIAN, C., Public order in European Law, en *Erasmus Law Review*, nº1, 2007, p. 29. En este sentido lo apunta el TJUE en diversas sentencias, entre otras: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala octava, de fecha 7 de diciembre de 2017, Asunto C-636/16-Willber López Pastuzano contra Delgación del Gobierno de Navarra, párrafo 27.

⁷⁰⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de fecha 31 de enero de 2006, Asunto C-503/03, Párrafo 44.

⁷⁰⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de fecha 22 de mayo de 2012, Asunto C-348/09-P.I y Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid, párrafo 30.

⁷⁰⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección segunda, núm 737/2015, de fecha 19 de noviembre 2015. Magistrada Ponente DÑA. MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ RUEDA.

⁷⁰⁹ EVELINA RISTEA, O., Free movement of EU citizens: Limitations on grounds of public policy, public security and public health, op cit, p. 730; VELASCO RETAMOSA, J.M., Libre circulación de personas en la Unión Europea: Los nacionales de terceros Estados como beneficiarios de esta libertad, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº22, 2013, p. 78; ORTEGA GIMÉNEZ, A., España: El nuevo régimen de entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos comunitarios y “asimilados”, en *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº13, 2012, p. 102; PÁEZ MÉNDEZ, M., La expulsión de ciudadanos de la Unión Europea como medida que limita su derecho a la libertad de circulación de residencia, op cit, p. 61. En este sentido también lo apunta el TJUE, entre otras, en la Sentencia del Tribunal

En este sentido, PÁEZ MÉNDEZ considera que podrían funcionar como indicios de que el extranjero supone una amenaza para el orden o seguridad públicos los siguientes: La carencia de medios de vida conocidos, la no realización de actividad laboral alguna, la imposibilidad de justificar la procedencia de los medios económicos que se le ocupen, la no tenencia de domicilio conocido, la existencia de vínculo alguno con el domicilio en el que figura como registrado, y un corto período de residencia en España⁷¹⁰.

En esta línea, debe tenerse en cuenta que un Estado Miembro no podrá expulsar de su territorio a un nacional de otro Estado miembro o negarle la entrada en el mismo por un comportamiento que, cuando lo realizan sus propios nacionales, no da lugar a la adopción de medidas represivas o a otro tipo de medidas reales y efectivas que estén destinadas a la lucha contra dicho proceder⁷¹¹.

No obstante, tal y como se ha indicado anteriormente, además de las circunstancias del hecho delictivo concreto, también habrá que tener en cuenta las circunstancias personales que rodean al extranjero, circunstancias que pueden hacer inviable la expulsión de un ciudadano comunitario, aunque éste constituya una amenaza para el orden público⁷¹², como, por ejemplo: La duración de la residencia en el territorio, su estado de salud, la edad de la persona implicada, las consecuencias para él y para los miembros de su familia y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen⁷¹³.

En esta línea, como ya se ha mencionado, el grado de amenaza que supone un infractor comunitario no se puede determinar sobre la base de la existencia de condenas penales anteriores, sino que habrá que ponderar todo el elenco de circunstancias que rodeen al caso para elaborar un juicio preciso, sin que existan unos parámetros concretos para cada tipo delictivo. Así, a modo de ejemplo, en supuestos de tráfico de drogas, para determinar el grado de amenaza para el orden público que el infractor comunitario

de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de fecha 7 de junio de 2007. Asunto CC-50/06-Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos, párrafo 29; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de fecha 8 de diciembre de 2011. Asunto C-371/08-Nural Ziebell contra Land Baden Württemberg, párrafo 83.

⁷¹⁰ PÁEZ MÉNDEZ, M., La expulsión de ciudadanos de la Unión Europea como medida que limita su derecho a la libertad de circulación y residencia, op cit, p. 80.

⁷¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de fecha 18 de mayo de 1982, op cit, párrafo 21.

⁷¹² BOZA MARTÍNEZ, D., *Expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89*, op cit, p.135.

⁷¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Octava, de fecha 7 de diciembre de 2017. Asunto C-636/16-Willber López Pastuzano contra Delegación del Gobierno de Navarra, párrafo 26.

supone, se valorará la cantidad de droga incautada, si consta que el sujeto en cuestión haya actuado con terceros o en el seno de una organización criminal, etc⁷¹⁴.

De esta guisa, se ha llegado a resolver no aplicar la sustitución a extranjeros comunitarios que habían sido condenados por la comisión de un delito contra la salud pública con la agravante de notoria importancia, considerando que este tipo de agravante por sí misma no conllevaba la consideración de amenaza para el orden público⁷¹⁵.

En este orden de hechos, en delitos como robo con fuerza en las cosas en casa habitada, se ha exigido una habitualidad en el infractor en aras de ser considerado como una amenaza para el orden público o la seguridad pública⁷¹⁶.

Nos obstante, hay otros casos en los que el extranjero infractor cumplía sobradamente con el requisito de habitualidad, pero finalmente no se ha adoptado la decisión de expulsarlo, aun habiendo sido el propio individuo foráneo el impulsor de su expulsión.

Tal es el supuesto que resuelve la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid núm 265/2015, de 15 de septiembre, donde un extranjero comunitario que había sido condenado a una pena de prisión por el Juzgado número 1 de Valladolid interpone un recurso de apelación solicitando su expulsión.

La defensa del infractor cuestionaba el pronunciamiento relativo a la desestimación de su petición de sustitución de la pena de prisión impuesta por su expulsión, dado que, en su opinión, el nuevo artículo 89 CP tras la reforma del año 2015 configuraba la expulsión penal del extranjero infractor como la regla general en caso de comisión de un delito.

Empero, la Audiencia Provincial consideró que la expulsión en caso de ciudadanos comunitarios sólo procedería cuando éste representara una amenaza grave para la seguridad pública, en atención a la naturaleza, circunstancias, y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales, de modo que, aunque el mismo hubiera residido en España durante los diez años anteriores a la comisión del delito, la expulsión exigía además que el infractor hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, la libertad, la integridad física, y la libertad e indemnidad sexuales

⁷¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sección décima, núm 50/2016, de fecha 19 de enero de 2016. Magistrado Ponente Dña. CARMEN SÁNCHEZ ALBORNOZ BERNABÉ.

⁷¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección cuarta, núm 527/2015, de fecha 3 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente D. MARIO PESTAÑA PÉREZ.

⁷¹⁶ Véase en este caso el supuesto que resuelve la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección sexta, núm 75/2016, de fecha 7 de abril de 2016. Magistrada Ponente Dña. CARMEN MARTELO PÉREZ.

castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se apreciara además un riesgo grave de que pudiera cometer delitos de la misma naturaleza o hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, requisitos que no resultaban cumplidos por dicho foráneo.

Ahora bien, en el presente caso, fue el mismo foráneo el que solicitó que se acordara su expulsión, calificando la Audiencia provincial la situación de paradójica ya que era el propio acusado el que asimismo se calificaba como una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública. En este orden de hechos se consideró que su postura no se podía valorar a esos efectos dado que la Audiencia reparó en que lo único que este sujeto perseguía era ser expulsado eludiendo así la condena de prisión que le había sido impuesta en la sentencia recurrida del Juzgado de lo Penal.

Finalmente, se estimó que si bien la trayectoria de este individuo no era en nada acorde con el respeto al orden público y a la seguridad pública, también había que valorar que el acusado venía residiendo en España desde hacía ocho años y que tenía dos hijos con una mujer española, y uno de ellos tenía una enfermedad grave, y que la pena ahora impuesta alcanzaba los cinco años de prisión, a la que podían sumársele otras actualmente suspendidas, circunstancias todas ellas que, en opinión de la Audiencia Provincial, aconsejaban el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español. A nuestro juicio, se debe aplaudir la decisión adoptada por la Audiencia Provincial de considerar que tal sujeto debía cumplir con la pena de prisión en territorio español una vez valoradas las circunstancias personales del mismo y cumpliendo así la pena impuesta con los parámetros establecidos por su reinserción social⁷¹⁷, dado que, además de tener una familia en España, factor extra-penitenciario fundamental para la consecución de su reinserción, la única consecuencia de la expulsión hubiera sido enviar al sujeto a su país comunitario correspondiente, lejos de su familia, y sin efectuar sobre el mismo ningún tipo de intervención penitenciaria en aras de la consecución de su reintegración social.

En suma, se puede afirmar que serán las circunstancias de cada caso concreto las que determinen si el grado de peligrosidad o amenaza que el extranjero presente es merecedor o no de ser calificado de amenaza para el orden público, sin que existan unos patrones comunes que tracen la dirección que la práctica judicial habrá de seguir para cada tipo delictivo.

⁷¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección cuarta, núm 265/2015, de fecha 15 de septiembre de 2015. Magistrado Ponente D. JAVIER DE BLAS GARCÍA.

B.2) El régimen excepcional de expulsión penal de ciudadanos comunitarios

Junto con el régimen ordinario nos encontraríamos con un sistema que podríamos tildar de “excepcional” y que reconoce la expulsión para ciudadanos comunitarios que, además de reunir los requisitos del régimen “ordinario”⁷¹⁸, hubieran residido en España durante los diez años anteriores y hubieran sido condenados: por uno o más delitos contra la vida, la libertad, la integridad física y la libertad e indemnidad sexuales castigados con la pena máxima de prisión de cinco años, y, se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pudiera llegar a cometer delitos de la misma naturaleza, o, por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, siendo en este caso aplicable lo dispuesto en el apartado dos de este artículo 89.

En este sentido, se puede observar un nuevo ajuste del artículo 89 CP al artículo 28.3 de la Directiva 2004/38, donde se regula la posibilidad de expulsar a un ciudadano de la Unión por motivos imperiosos de seguridad pública en caso de que el mismo haya residido en el Estado de acogida durante los diez años anteriores. En idéntico sentido, se indica en el artículo 15.6 del Real Decreto 240/2007, donde se dispone que no se podrá expulsar a un ciudadano de un Estado Miembro de la Unión Europea o de otro Estado Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que lleve residiendo diez años en España, salvo si existieran motivos imperiosos de seguridad pública⁷¹⁹. Así pues, el artículo 89 CP ha recogido el elenco de delitos que se han expuesto al inicio del epígrafe como motivos imperiosos de seguridad pública⁷²⁰. En esta línea, según el TJUE, la calificación “motivos imperiosos de seguridad pública” supone no sólo un ataque a la seguridad pública, sino que exige que tal ataque presente un elevado nivel de gravedad⁷²¹.

B.2.1) La cuestión de la interrupción de la residencia

Se exige en el régimen excepcional una situación de arraigo prolongado que se manifiesta en un período de residencia en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores a la decisión de expulsión. Así, el cómputo de este período de diez años

⁷¹⁸ Todo lo indicado en el anterior epígrafe sobre orden público y seguridad pública resulta aplicable al aspecto que aquí se analiza.

⁷¹⁹ ROIG TORRES, M., La expulsión de los extranjeros en el Proyecto de Reforma del Código Penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH. Unas notas sobre el Derecho británico, op cit, p. 479.

⁷²⁰ Circular 7/2015 FGE, p. 31.

⁷²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de fecha 23 de noviembre de 2010. Asunto C-145/09-Land Baden-Württemberg contra Panagiotis Tsakouridis, párrafo 41; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de fecha 8 de diciembre de 2011. Asunto C-371/08-Nural Ciebell contra Württemberg, párrafo 71.

se debe calcular hacia atrás, teniendo como punto de referencia la fecha de la decisión de expulsión de esa persona⁷²².

No obstante, aunque en el artículo 89.4 CP nada se especifica acerca de cómo afectan los períodos de ausencia del extranjero al cómputo de ese plazo de diez años, en un principio, se parte de la base de que dicho período de residencia debe tener carácter continuado, *ergo*, los períodos de ausencia del territorio nacional podrían afectar a la concesión de la protección reforzada frente a la expulsión e interrumpir el cómputo del período de diez años previsto legalmente⁷²³.

La jurisprudencia europea aclara esta cuestión al afirmar que *“deben tenerse en cuenta los aspectos pertinentes en cada caso concreto, en particular la duración de cada una de las ausencias del interesado del Estado miembro de acogida, la duración y la frecuencia de estas ausencias, así como los motivos que llevaron al interesado a abandonar ese Estado Miembro, que pueden determinar si estas ausencias implican el desplazamiento hacia otro Estado del centro de sus intereses personales, familiares o profesionales, no obstante, toda vez que el criterio determinante para la concesión de la protección reforzada prevista en el artículo 28, apartado 3, letra a) de la Directiva 2004/38 radica en el hecho de que la persona haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores a la decisión de la expulsión, y dado que las ausencias del territorio de ese Estado pueden afectar a tal concesión, procede considerar que el período de residencia previsto en dicha disposición, debe ser, en principio, un período continuado”*⁷²⁴.

En este contexto, cobra también gran importancia el hecho de haber cumplido un determinado período de tiempo en prisión con relación a la obtención de esa protección reforzada, en el sentido de determinar si haber realizado una estancia en prisión dentro de todo el período de residencia del extranjero va a suponer una interrupción en el cómputo de dicho período de residencia.

⁷²² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de fecha 16 de enero de 2014. Asunto C-400/12-Secretary of State for the Home Department y Sra. G, párrafo 24.

⁷²³ RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, *op cit*, p. 113.

⁷²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de fecha 16 de enero de 2014. Asunto C-400/12-Secretary of State for the Home Department y Sra. G, párrafo 27; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de fecha 23 de noviembre de 2010. Asunto C-145/09-Land Baden-Württemberg y Panagiotis Tsakouridis, párrafos 33 y 34.

El TJUE viene considerando que la ejecución de una pena de prisión impuesta por un juez nacional puede suponer que esos períodos de permanencia en prisión no se computen a los efectos de valorar la continuidad de la residencia⁷²⁵.

En esta tesitura, conviene indicar que en la práctica judicial española se considera que existe un arraigo social del extranjero en España que haya pasado por prisión si se tiene constancia de informes favorables emitidos por la Junta de Tratamiento que determinen que tiene un bajo nivel de reincidencia, si constan informes de que tiene superadas las diversas pruebas psicológicas que se le hayan practicado en prisión, si ha disfrutado sin problemas de los correspondientes permisos de salida para trabajar o cursar estudios, etc.⁷²⁶.

C) La proporcionalidad en la expulsión de los ciudadanos comunitarios

Tal y como expone MARTÍN MARTÍNEZ, las medidas que se adopten encaminadas a limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión Europea, como lo es la expulsión por razones de orden público o de seguridad pública deberán adecuarse al principio de proporcionalidad, y a través de esta proporcionalidad se procura que la limitación impuesta no exceda de lo necesario para lograr el fin perseguido, lo que conlleva analizar el grado de peligro social que representa el destinatario de dicha medida, la naturaleza de las actividades delictivas concretas, así como su frecuencia⁷²⁷.

En este sentido, la Directiva 2004/38/CE impone en su artículo 33.2 que cuando una orden de expulsión se vaya a materializar más de dos años después de haberse dictado, el Estado miembro deberá comprobar la actualidad y la amenaza para el orden público y la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudieran haberse producido desde el momento en el que se emitió la orden de expulsión⁷²⁸. En esta tesitura, GONZÁLEZ TASCÓN critica con acierto que el artículo 89.4 omite este deber de revisión y valoración de los cambios que

⁷²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de fecha 16 de enero de 2014, Asunto C-378/12- Nnamdi Onuekwere y Secretary of State for the Home Department, párrafo 32.

⁷²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección tercera, núm 372/2017, de 1 de agosto de 2017. Magistrado Ponente DÑA MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ LUNA.

⁷²⁷ MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: Una reevaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE, op cit, p. 778. En este sentido apunta el artículo 27 de la Directiva 2004/38/CE.

⁷²⁸ ORTEGA GIMÉNEZ, A., España: El nuevo régimen de entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos comunitarios y “asimilados”, en *Barataria. Revista castellanomanchega de ciencias sociales*, nº13, 2012, p. 101.

se hubieran podido producir en las circunstancias entre el momento en que se emitió la orden de expulsión y el momento en el que se ejecuta⁷²⁹, desliz legislativo que ya había sido criticado por la doctrina en reiteradas ocasiones⁷³⁰.

En este orden de hechos, antes de que un Estado Miembro adopte una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o de seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta determinados aspectos tales como 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 ese Estado, y la importancia de los vínculos con su país de origen⁷³¹.

Precisamente, el nivel de exigencia para la expulsión se incrementa atendiendo a la mayor duración de su residencia en el Estado del que se le quiere expulsar⁷³². En efecto, tal y como expone el TJUE, en el caso de que una autoridad nacional adopte medidas que restrinjan el derecho de residencia de un individuo en un país, como sin duda alguna acontece con la expulsión, deberá proceder a realizar el conocido como test de proporcionalidad, cuyo axioma es que cuanto más larga sea la duración de la residencia en el territorio del Estado miembro de acogida, más estrictos serán los motivos por los que ese Estado puede adoptar una medida de expulsión, debiéndose tener en cuenta que las ausencias temporales por razones profesionales o por vacaciones no deben incidir en el plazo exigido en el nivel superior de la protección contra la expulsión⁷³³, teniendo en cuenta que dicha medida sólo puede justificarse por esos motivos determinados si es necesaria para la protección de los intereses que pretenden garantizar, siempre y cuando esos objetivos no puedan alcanzarse con medidas menos restrictivas⁷³⁴.

En esta línea, resulta notoria la posición que mantiene el TJUE al considerar que cuando la autoridad nacional adopte una decisión de expulsión de un ciudadano de la

⁷²⁹ GONZÁLEZ TASCÓN, M., La cuarta reforma del artículo 89 del Código Penal relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión, op cit, p.190.

⁷³⁰ NAVARRO CARDOSO, F., Expulsión “penal” de extranjeros: una simbiosis de Derecho Penal “simbólico” y Derecho Penal del “enemigo”, op cit, p.175; MANZANARES SAMANIEGO, J., *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, op cit, p. 94.

⁷³¹ ORTEGA GIMÉNEZ, A., España: El nuevo régimen de entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos comunitarios y “asimilados”, op cit, p. 101; PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N., Jurisdicción penal y medidas repatriativas de extranjería, en *Diario La Ley*, nº8984, 2017, p.16. En este sentido lo indica el artículo 28 de la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004.

⁷³² GONZÁLEZ TASCÓN, M., La cuarta reforma del artículo 89 del Código Penal relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión, op cit. p. 182.

⁷³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de fecha 23 de noviembre de 2010. Asunto C-145/09-Baden Württemberg y Panagiotis Tsakouridis, párrafo 116 y 123.

⁷³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de fecha 23 de noviembre de 2010. Asunto C-145/09-Baden Württemberg y Panagiotis Tsakouridis, párrafos 85, 86 y 87.

Unión al término de la ejecución de su pena, tiene que poner de manifiesto las circunstancias por las que esa decisión no perjudica la reinserción social del delincuente⁷³⁵.

Otro de los aspectos sobre los que va a centrarse este test de proporcionalidad es el de la evaluación de la actualidad de la amenaza, actualidad que se manifiesta si la amenaza existe en el momento en el que se produce la expulsión⁷³⁶.

En este sentido, cuando la expulsión se produce tras haberse cumplido la pena, el test de proporcionalidad adquiere un mayor peso, que requiere que la autoridad competente considere elementos que acrediten que la decisión adoptada puede prevenir el riesgo de la reincidencia, poniendo de manifiesto dicha autoridad cuáles son las circunstancias por las que esa decisión no perjudica la reinserción social del delincuente⁷³⁷.

D) La ineficacia de la expulsión de los ciudadanos comunitarios en términos de prevención especial positiva

En el seno de la Unión Europea, la supresión de controles a las personas en las fronteras interiores de los Estados Miembros fue un fenómeno que se inició con la entrada en vigor del Acuerdo de Aplicación del Convenio Schengen sobre la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de personas⁷³⁸, lo que *a sensu contrario*, suponía un reforzamiento de los controles en las fronteras exteriores con terceros Estados⁷³⁹. Fue el 1 de mayo de 1999 con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam cuando dicho acuerdo fue incorporado al Derecho de la Unión Europea⁷⁴⁰.

⁷³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de fecha 23 de noviembre de 2010. Asunto C-145/09-Baden Württemberg y Panagiotis Tsakouridis, párrafo 95.

⁷³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de fecha 23 de noviembre de 2010. Asunto C-145/09-Baden Württemberg y Panagiotis Tsakouridis, párrafo 89.

⁷³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de fecha 23 de noviembre de 2010. Asunto C-145/08-Baden Württemberg y Panagiotis Tsakouridis, párrafos 94 y 95.

⁷³⁸ Uno de los principios de estos acuerdos era hacer la ausencia de controles en las fronteras interiores la regla general y los controles fronterizos, la excepción. Véase en HREBLAY, V., *La libre circulation des personnes. Les accords de Schengen*, Puf, 1994, p. 79.

⁷³⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M., Las políticas penales europeas de inmigración, en PUENTE ABA, L.M(dir), ZAPICO BARBEITO, M y RODRÍGUEZ MORO, L(corrd), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, 2008, p. 202.

⁷⁴⁰ OLESTI RAYO, A., El espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados Miembros de la Unión Europea, en *REAF*, Nº15, 2012, pp.44-51; POELEMANS DE LARA, M., La libertad de desplazamiento de los extranjeros comunitarios en el espacio Schengen, en GOIZUETA VÉRTIZ, J, GONZÁLEZ MURUA, A.R y PARIENTE DE PRADA, I(dirs), *El espacio de libertad, seguridad y justicia: Schengen y Protección de Datos*, Thomson Reuters, 2013, p. 27; CEDEÑO HERNÁN, M., *La orden de detención y entrega europea: Los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega*, Thomson Reuters, 2010, p. 26.

Por tanto, desde el Tratado de Ámsterdam, la Unión Europea ha seguido marcándose el objetivo de conseguir que exista un espacio de libertad, seguridad y justicia caracterizado por la ausencia de controles interiores entre las fronteras de los diversos Estados Miembros⁷⁴¹ para ninguna persona, sean ciudadanos comunitarios, sean nacionales de terceros Estados⁷⁴².

Actualmente, en el artículo 77 TFUE se establece que la Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores. En el mismo sentido se indica en el Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE).

En esta línea, si como se acaba de analizar, lo que se pretende es una ausencia total de controles en las fronteras interiores de los Estados Miembros de la Unión Europea, cabría preguntarse qué sentido tendría entonces la sustitución de la pena de prisión impuesta a un ciudadano comunitario por su expulsión a su país comunitario de origen. ¿Dónde quedaría el compromiso del sistema penal y penitenciario de reintegrar a ese individuo en la sociedad?, y, ¿qué tipo de intervención realizaría el sistema penitenciario en aras de llevar a cabo la susodicha reintegración?

En esta línea, gran parte de la doctrina se ha mostrado totalmente crítica al respecto, argumentando que no tendría ningún sentido dicho instituto jurídico teniendo en cuenta la inexistencia de controles fronterizos entre los Estados de la Unión Europea y la facilidad que tendrían los comunitarios expulsados de volver a entrar en España⁷⁴³.

⁷⁴¹ MOYA ESCUDERO, M., La seguridad y el control: Fundamento de las desigualdades en Europa, en REIG FABADO, I., *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 192.

⁷⁴² MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Cóllex, 2002, p. 75; GARCÍA COSO, E., *La regulación de la inmigración irregular. Derechos Humanos y el Control de Fronteras en la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 235.

⁷⁴³ BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente*, op cit, p. 286; FERRER GUTIÉRREZ, A., *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, op cit, p. 213; CUGAT MAURI, M., La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros (art 89 CP), en QUINTERO OLIVARES, G (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, op cit, p. 33; FERNÁNDEZ TORRES, M.E., *La expulsión de extranjeros en el derecho penal*, op cit, p. 176; RECIO JUÁREZ, M., *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, op cit, p. 106; DE LA ROSA CORTINA, J.M., La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003, op cit, p. 3; MUÑOZ LORENTE, J., La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: El artículo 89 tras su reforma por la LO 11/2003, op cit, p. 451; PÁEZ MÉNDEZ, M., La expulsión de ciudadanos de la Unión Europea como medida que limita su derecho a la libertad de circulación y residencia, op cit, p. 78; PAZ RUBIO, J.M., Expulsión de extranjeros, en MARTÍN PALLÍN, J.A., *Extranjeros y Derecho Penal*, op cit, p. 167; MAGRO SERVET, V y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, op cit, p. 161.

No obstante, algunos autores como ROIG TORRES consideran que no parece del todo desacertada la idea de equiparar a extranjeros comunitarios y extracomunitarios a los efectos de expulsión, puesto que el derecho a la libre circulación que los mismos poseen no es una moneda que sirva para permanecer en el estado receptor aun habiendo delinquido en el mismo, considerando fundamental ponderar todas las circunstancias en juego antes de pronunciarse sobre la expulsión⁷⁴⁴.

A nuestro entender, siguiendo la línea doctrinal mayoritaria, llevar a cabo una equiparación entre ciudadanos comunitarios y extracomunitarios a efectos de sustitución de la pena de prisión por la expulsión sería contraproducente de cara a su reinserción social teniendo en cuenta la ausencia de controles entre las fronteras interiores de los Estados Miembros.

Así, con base en estas argumentaciones, sirva como ejemplo el supuesto que resuelve la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares núm. 182/2015⁷⁴⁵, supuesto en el que un individuo nacional de Reino Unido fue condenado por un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud a una pena de tres años de prisión, solicitando el MF la sustitución de la condena por la expulsión del territorio nacional con un período de prohibición de regreso de diez años. En este caso en concreto, la cantidad de droga (MDMA) que se había incautado a este foráneo comunitario tenía en el mercado ilícito un valor de 10.000 euros.

⁷⁴⁴ ROIG TORRES, M., La expulsión de extranjeros en el proyecto de Reforma del Código Penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH. Unas notas sobre el derecho británico, op cit, p. 472.

⁷⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección segunda, núm 182/2015 de fecha 2 de diciembre de 2015, Magistrado Ponente DÑA. MÓNICA DE LA SERNA PEDRO.

CAPÍTULO VI. EL ARTÍCULO 57.2 LOEx: LA EXPULSIÓN TRAS EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN EN ESPAÑA

VI.1) La Ley Orgánica de Extranjería, el contexto legal del artículo 57.2 LOEx

Una vez analizada la evolución legislativa del artículo 89 CP, así como su regulación tras la reforma operada por la LO 1/2015, nos adentraremos en la LOEx a los efectos de analizar el artículo 57.2, precepto que norma como causa de expulsión el que el extranjero hubiera sido condenado por una conducta dolosa que constituyera en nuestro país un delito sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Nos encontramos ante una consecuencia jurídica calificada por GARCÍA ESPAÑA como sanción invisible⁷⁴⁶, esto es, como afirma DÍEZ RIPOLLÉS, se trataría de consecuencias colaterales de la condena que se generarían automáticamente a partir del momento de la imposición de la pena principal⁷⁴⁷.

Así, en primer lugar, apelando al contexto legislativo de este precepto, cabe anotar que nos encontramos ante una causa de expulsión que apareció reglada por primera vez en la primera versión de la LOEx de 1985, concretamente en su artículo 26.1d)⁷⁴⁸.

La LOEx de 1985 se trataba de una ley que, en opinión de autores como PALOMAR OLMEDA, más que regular derechos de los extranjeros se dirigía a controlar su entrada en España, en vísperas de su ingreso en la Comisión Económica Europea, el cual se hizo efectivo el 1 de enero de 1986, dando así seguridad a los miembros de la misma de que España no significaría un debilitamiento de sus fronteras.

⁷⁴⁶ GARCÍA ESPAÑA, E., Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: un mosaico de exclusión, op cit, p.23. Otros autores como TORRES FERNÁNDEZ la califican de consecuencia de cariz administrativo accesoria de la condena por la comisión de un delito. Véase en DURÁN SECO, I., La expulsión de extranjeros. Especial atención a la regulación penal. Comentario crítico al libro de María Elena Torres Fernández, “La expulsión de extranjeros en derecho penal, La Ley, Las Rozas, Madrid, 2012, op cit, p.13.

⁷⁴⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, JL., Sanciones adicionales a delincuentes y exdelincuentes. Contrastes entre Estados Unidos de América y países nórdicos europeos, en *Indret*, nº4, 2014, p.6. En el mismo sentido lo indica FUERTES LÓPEZ, J., La condena penal como causa de expulsión de los extranjeros (artículo 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería), en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº8, 2018, p.5.

⁷⁴⁸ IGLESIAS SKULJ, A., Otras medidas alternativas a la privación de libertad. Expulsión de extranjeros, en FARALDO CABANA, P y PUENTE ABA, LM (dirs)., *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 428.

En esta tesitura, las condiciones que ofrecía la citada ley impedían la llegada legal de inmigrantes, ofreciendo además a la Administración un elenco de medios para perseguir y expulsar a los inmigrantes en situación administrativa irregular⁷⁴⁹.

En este sentido, era el artículo 26 el que regulaba las causas de expulsión, encontrándose entre las ya referenciadas las siguientes: Encontrarse ilegalmente en territorio español por no haber obtenido prórroga de estancia, o, en su caso, permiso de residencia, cuando fueren exigibles; estar trabajando sin haber obtenido permiso de trabajo, aunque el extranjero contare con permiso de residencia válido; estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países; incurrir demora u ocultación dolosas o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior, las circunstancias relativas a su situación, de acuerdo con el artículo 14, y , finalmente, carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales.

En esta tesitura, estamos con FERNÁNDEZ PÉREZ, que afirma que este artículo abusaba de conceptos jurídicos indeterminados, lo que conduciría a una amplia discrecionalidad en materia de expulsión de extranjeros⁷⁵⁰.

Siguiendo con la trayectoria del artículo 57.2 de la LOEx, la siguiente reforma que modificó su cuerpo normativo fue la que se llevó a cabo en el año 2000, concretamente esta modificación fue protagonizada por la LO 4/2000.

Se trata de una ley que fue elaborada durante el último tramo de la primera legislatura del PP. La ley de 1985 había quedado totalmente obsoleta, entre otras circunstancias, por, como ya se ha mencionado, su visión policial y de control de las personas emigrantes. En este sentido, los promotores de esta ley fueron Convergència y Unió (en adelante CIU), Izquierda Unida (en adelante IU) y el Grupo Mixto. La tramitación parlamentaria se caracterizó por el acuerdo de todos los grupos y de cierta parte del PP, encabezada por el entonces Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales Manuel

⁷⁴⁹ PALOMAR OLMEDA, A., Apuntes sobre el desarrollo legal postconstitucional de la regulación de extranjeros en España, en PALOMAR OLMEDA, A (coord.), *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Thomson Aranzadi, 2006, p.116. En sentido parecido se pronuncia FERNÁNDEZ FEIJÓO, que afirma que, con esta ley, el tratamiento del fenómeno migratorio era muy agresivo, ya que un gran número de infracciones daban lugar a la expulsión del territorio. Véase en FERNÁNDEZ FEIJÓO, E.C., *Disfunciones en los dispositivos de control de la migración irregular*, Editorial Académica Española, 2011, p.17.

⁷⁵⁰ FERNÁNDEZ PÉREZ, A., Las regulaciones de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías, en *Diario La Ley*, nº8382, 2014, p.7.

Pimentel, pero la oposición a la ley estuvo encabezada por otro sector del propio partido en el Gobierno. Finalmente, el PP siguió esta segunda línea y rechazó la ley, que fue aprobada sin su apoyo por el Parlamento. Una de las promesas electorales del PP fue la inmediata reforma de la Ley 4/2000 si volvía a ganar las elecciones, objetivo que llevó a cabo, tal y como se analizará posteriormente⁷⁵¹.

La Ley 4/2000 predicaba en su artículo 3 el principio de igualdad de derechos entre ciudadanos españoles y extranjeros⁷⁵², y, con un talante más integrador⁷⁵³, regulaba la integración de los inmigrantes amoldando los controles legales a los movimientos migratorios y casi eliminando la tradicional diferencia entre el inmigrante regular y el irregular, pues no hacía distinciones entre residentes en situación administrativa regular de residentes en situación administrativa irregular⁷⁵⁴.

En este sentido, como prueba de dicha afirmación, primeramente, en materia de visados, dicha ley incluía en su nuevo artículo 25.3 la obligación de motivar la denegación de visados, salvo circunstancias excepcionales que no venían indicadas en dicho precepto, atendiendo así a las críticas que se realizaban a la situación anterior en la que sistemáticamente no se motivaban las denegaciones de visados, a pesar de que era un requisito legal exigible de todo acto administrativo.

En segundo lugar, respecto a la permanencia legal del extranjero en el territorio español, se incluyeron un elenco de novedades de necesaria alusión. En primer lugar, en el párrafo cuarto del artículo 29 se establecía que, a pesar de que para autorizar una residencia temporal el extranjero debía de carecer de antecedentes penales dentro y fuera de España, no resultaba un obstáculo el haber cometido un delito en España siempre y cuando ya hubiera cumplido la condena, hubiera sido indultado, o se encontrara en situación de suspensión condicional de la pena.

⁷⁵¹ SORIANO-MIRAS, R.M., Análisis sociológico de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Sus reformas (8/2000, 11/2003, 14/2003, 2/2009) y su implicación social, en *Papers. Revista de Sociología*, nº3, 2011, p. 692.

⁷⁵² PUENTE ABA, L.M (dir), ZAPICO BARBEITO, M y RODRÍGUEZ MORO (coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, 2008, p. 200.

⁷⁵³ MONCLÚS MASÓ, M., Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: La consolidación de la expulsión como sanción penal especial, en RIVERA BEIRAS, I., *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, op cit, p. 334; VIDAL FUEYO, C., La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional, en *Revista española de derecho constitucional*, nº62, 2001, p.181; CHARRO BAENA, P y DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M., La Ley Orgánica 4/2000: Análisis técnico-jurídico de sus principales novedades, en *Migraciones*, nº7, 2000, p.31.

⁷⁵⁴ MASSÓ GARROTE, M.F., *Nuevo régimen de extranjería. Comentarios, procedimientos, formularios y modelos de la LO 4/2000, de Extranjería, tras la reforma de la LO 8/2000*, op cit, p. 33.

Siguiendo a GARCÍA ESPAÑA, consideramos que esta regulación era coherente con los principios de reinserción y no discriminación social o jurídica por la tenencia de antecedentes penales que establecía el artículo 73 LOGP⁷⁵⁵, ya que el paso por prisión no dificultaría las posibilidades del extranjero de conseguir un permiso de residencia temporal y por tanto reintegrarse en la sociedad tras el cumplimiento de esa condena.

En segundo lugar, esta ley supuso una reducción del ámbito de la expulsión⁷⁵⁶, pues, entre otras modificaciones, eliminó del cuerpo normativo la causa de expulsión del antiguo artículo 26.1d), esto es, haber sido condenado dentro o fuera de España por conducta dolosa que constituyera en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año⁷⁵⁷. Esto también facilitaba la reinserción social de los extranjeros que hubieran pasado por el circuito penitenciario al no haberseles aplicado el artículo 89 CP debido, entre otras causas, a las circunstancias personales que presentara el foráneo en España. En efecto, recordemos que la versión del artículo 89 CP vigente en el año 2000 disponía la exigencia de la existencia de un trámite de audiencia previa del foráneo infractor a la hora de dilucidar sobre su expulsión, pudiendo de esta manera conocerse sus circunstancias personales antes de adoptar una decisión.

De esta suerte, si bien el artículo 26.a) de la anterior regulación recogía como causa de expulsión la permanencia ilegal del extranjero en territorio español, la nueva Ley 4/2000 no recogía dicha circunstancia como causa de expulsión, si bien, en su artículo 49 tipificaba dicha conducta de infracción grave, y según el artículo 51.1.b) el extranjero sería sancionado con una multa de 50.001 a un millón de pesetas.

Tampoco se reconocía en la nueva versión como causa de expulsión el encontrarse en España trabajando sin haber obtenido el correspondiente permiso de trabajo o autorización administrativa para trabajar, si bien, el antiguo artículo 26.1b) sí recogía esa circunstancia como motivo de expulsión.

En esta línea, tal y como expone GARCÍA ESPAÑA, esta ley flexibilizaba el mecanismo de sanciones previsto para las infracciones con respecto a la Ley de Extranjería de 1985, puesto que, en términos generales, con la nueva ley, era la multa la que se imponía en todos los supuestos relegando a un segundo plano la posibilidad de

⁷⁵⁵ GARCÍA ESPAÑA, E., *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, op cit, p. 429.

⁷⁵⁶ ESPLUGUES MOTA, C, DE LORENZO SEGRELLES, M y PALAO MORENO, G., *Nacionalidad y extranjería*, Tirant lo Blanch, 2006, p.5.

⁷⁵⁷ CALVO ROJAS, E., El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares, en ÁVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M., *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, pp. 196 y 197.

adoptar la expulsión para casos considerados como muy graves e imponiendo excepciones a la imposición de la expulsión cuando el sujeto contara con arraigo social en España.

Además, también se abrieron vías de acceso a la residencia legal al introducir el legislador como figura novedosa la regularización permanente de extranjeros que hubieran residido durante dos años ininterrumpidos en España y estuvieran empadronados excepcionando tres supuestos: Haber cumplido una condena en España, haber sido indultados y estar en situación de suspensión condicional de la pena⁷⁵⁸.

A pesar de todas las novedades introducidas por esta ley, la misma no llegó muy lejos, ya que estuvo en vigor sólo unos meses y sus consecuencias no se pudieron evaluar. En esta tesitura, ni siquiera se desarrolló un reglamento de ejecución.

En este orden de hechos, las elecciones del año 2000 otorgaron una mayoría absoluta al PP, que como prometió, inició la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 en contra de la opinión de todos los demás partidos. Esta reforma fue considerada prácticamente una nueva ley puesto que modificaba la mayor parte del articulado y presentaba un tinte menos innovador, ya que, *grosso modo*, enfatizaba el control de los flujos y la diferenciación entre el inmigrante en situación administrativa irregular y el inmigrante en situación administrativa regular⁷⁵⁹.

La nueva ley, 8/2000, supuso una profunda modificación, dado que, del total de 63 artículos de la ley originaria, sólo quedaron diez intactos⁷⁶⁰. En este sentido, la nueva versión legislativa constituyó un retorno a la regulación de la LOEx del 85.

Autores como MASSÓ GARROTE consideraban que esta Ley pretendía favorecer la expulsión de los inmigrantes irregulares y reducir las posibilidades que la Ley 4/2000 les concedía para regularizar su situación⁷⁶¹.

⁷⁵⁸ GARCÍA ESPAÑA, E., La delincuencia de inmigrantes en España, en LAURENZO COPELLO, P., *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, op cit, pp.144-145.

⁷⁵⁹ SORIANO-MIRAS, R.M., Análisis sociológico de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Sus reformas (8/2000, 11/2003, 14/2003, 2/2009) y su implicación social, op cit, pp.693-694.

⁷⁶⁰ MONCLÚS MASÓ, M., Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: La consolidación de la expulsión como sanción penal especial, en RIVERA BEIRAS, I., *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, op cit, p.335.

⁷⁶¹ MASSÓ GARROTE, M.F., *Nuevo régimen de extranjería. Comentarios, procedimientos, formularios y modelos de la LO 4/2000, de Extranjería, tras la reforma de la LO 8/2000*, la Ley, 2001, p.29. En esta línea, MOYA MALAPEIRA también considera que dicha reforma supuso un endurecimiento de varios aspectos del control migratorio y de la integración social. Véase en MOYA MALAPEIRA, ¿Luchar contra los flujos migratorios o canalizarlos? Evolución del régimen de entrada, residencia, trabajo y salida de extranjeros en el actual modelo de gestión migratoria, en *Revista catalana de dret públic*, nº40, 2010, p.5.

En esta tesitura, se introdujeron una serie de modificaciones que avalaban la opinión de los que, como MASSÓ GARROTE, afirmaban que la nueva versión suponía un paso atrás en las políticas de integración de inmigrantes. Así, entre dichas modificaciones, se volvía a regular la expulsión en el caso de que el extranjero se encontrara irregularmente en España, infracción que el nuevo artículo 53 a) tipificaba como grave. La anterior Ley sólo contemplaba la multa para este tipo de situación.

Además, tras la LO 8/2000, el artículo 57 regulaba también la expulsión para los extranjeros que se encontraran trabajando en España sin haber obtenido un permiso de trabajo cuando no contaran con una autorización de residencia válida⁷⁶².

En tercer lugar, se volvía a incluir en el artículo 57.2 la expulsión de extranjeros que hubieran sido condenados dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituyera en nuestro país delito sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año, salvo que se hubieran cancelado sus antecedentes penales⁷⁶³. En este sentido, ya se posibilitaba la expulsión del extranjero que hubiera cumplido su pena en España al no habersele aplicado el artículo 89 CP debido a sus circunstancias personales.

En cuarto lugar, si bien la nueva regulación aceptaba el procedimiento de regularización temporal establecido en la LO 4/2000 para regularizar a los inmigrantes irregulares, en su artículo 31.3 tras la reforma se establecía que la Administración podría conceder el permiso de residencia temporal a aquellos que acreditaran una permanencia en territorio español durante un período mínimo de cinco años, mientras que el anterior artículo 29.3 hablaba de un período ininterrumpido de dos años⁷⁶⁴.

En quinto lugar, esta ley regulaba el conocido como “procedimiento preferente” en su artículo 63, un procedimiento que, *grosso modo*, presentaba cuatro rasgos básicos: Aplicación a los supuestos más característicos de expulsión del territorio español (estancia ilegal, participación en actividades contrarias al orden público, etc); Extraordinaria limitación del tiempo de audiencia concedido al ciudadano extranjero sometido a este procedimiento de expulsión (Se les conceden 48 horas)⁷⁶⁵; Suspensión del

⁷⁶² CALVO ROJAS, E., El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares, en ÁVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M., *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, *op cit*, pp.193-194.

⁷⁶³ MOYA ESCUDERO, M (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, Comares, 2001, p. 854.

⁷⁶⁴ MASSÓ GARROTE, M.F., *Nuevo régimen de extranjería. Comentarios, procedimientos, formularios y modelos de la LO 4/2000, de Extranjería, tras la reforma de la LO 8/2000*, *op cit*, p. 42.

⁷⁶⁵ Como veremos posteriormente, este reducido plazo podrá suponer un problema de cara a lograr su reinserción social.

expediente cuando haya constancia de que existe una previa solicitud de residencia temporal por arraigo y la causa determinante del inicio de este sea la estancia ilegal en España; finalmente, ejecución inmediata de la orden administrativa que acordara la expulsión⁷⁶⁶.

Posteriormente, la Ley de Extranjería volvió a ser reformada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Esta Ley modificó sólo tres artículos, además del artículo 89 CP, modificación que, como ya se explicó, supuso un verdadero atentado contra la reinserción social de los transgresores extranjeros.

Posteriormente, la penúltima modificación de la Ley de Extranjería que ha tenido lugar ha sido la LO 14/2003, de 20 de noviembre. Se trata de una reforma que fue anunciada por el Gobierno tras una Sentencia del TS, concretamente, del 23 de marzo de 2003, que declaraba ilegales un elenco de artículos del Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería. Con esta nueva modificación, en opinión de MONCLÚS MASÓ, “*se profundizó en el giro represivo iniciado con la modificación de la Ley de Extranjería 8/2000*”⁷⁶⁷.

En este sentido, esta reforma venía inspirada por dos criterios básicos expresados en su exposición de motivos, a saber, el reforzamiento y la mejora de los medios e instrumentos sancionadores para luchar contra la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos.

En esta línea, entre las modificaciones que se llevaron a cabo, se encontraban las siguientes: El reforzamiento de los procedimientos de devolución de extranjeros cuyo acceso a nuestro país se había producido de manera ilegal⁷⁶⁸; se preveía el acceso de la policía al padrón municipal de habitantes con la finalidad de ejercer las competencias establecidas en la Ley de Extranjería sobre control y permanencia de extranjeros en España; se mantenía dentro del cuerpo legislativo el artículo 57.2 LOEx; se establecían obligaciones de información a las compañías de transporte de personas con la finalidad

⁷⁶⁶ NIETO MARTÍN, F., Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar, en *Jueces para la democracia*, nº41, 2001, p.23.

⁷⁶⁷ MONCLÚS MASÓ, M., Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: La consolidación de la expulsión como sanción penal especial, en RIVERA BEIRAS, I., *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, op cit, p.335.

⁷⁶⁸ MOYA ESCUDERO, M., *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, op cit, p. 203.

de intensificar el control de las zonas aeroportuarias y se eliminaba la reagrupación familiar y la posibilidad de regularización por la vía del arraigo⁷⁶⁹.

En último lugar, la última reforma de la Ley de Extranjería, que tampoco modificó el artículo 57.2 LOEx y que se llevó a cabo vino de la mano de la LO 2/2009. Uno de los aspectos en los que esta reforma profundizó más, fue en el de las infracciones a la Ley de Extranjería. En este sentido, la división entre infracciones leves, graves y muy graves seguía siendo la misma, pero fue el régimen de las infracciones graves el que sufrió modificaciones notables. Así, su número se vio aumentado, al añadirse las siguientes: Incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito; No dar de alta, en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, al trabajador extranjero cuya autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena hubiera solicitado, o no registrar el contrato de trabajo en las condiciones que sirvieron de base a la solicitud cuando el empresario tenga constancia de que el trabajador se halla legalmente en España habilitado para el comienzo de la relación laboral. No obstante, estará exento de esta responsabilidad el empresario que comunique a las autoridades competentes la concurrencia de razones sobrevenidas que puedan poner en riesgo objetivo la viabilidad de la empresa o que, conforme a la legislación, impidan el inicio de dicha relación; Contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o constituirse en representante legal de un menor cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia, siempre que tales hechos no constituyan delito; Promover la permanencia irregular en España de un extranjero, cuando su entrada legal haya contado con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el período de tiempo permitido por su visado o autorización. Para graduar la sanción se tendrían en cuenta las circunstancias personales y familiares concurrentes; por último, consentir la inscripción de un extranjero en el Padrón Municipal por parte del titular de una vivienda habilitada para tal fin, cuando dicha vivienda no constituya el domicilio real del extranjero. Se incurrirá en una infracción por cada persona indebidamente inscrita⁷⁷⁰.

⁷⁶⁹ MONCLÚS MASÓ, M., Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: La consolidación de la expulsión como sanción penal especial, en RIVERA BEIRAS, I., *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, op cit, p. 336.

⁷⁷⁰ MARÍN LAMA, C, SÁNCHEZ ICART, J y MIRÓ Y MORROS, D., *Novedades laborales 2010*, Planificación jurídica, 2010, pp.14 y 15.

VI.2) Ámbito objetivo de aplicación del artículo 57.2 LOEx, la pena privativa de libertad superior a un año

El primer aspecto que conviene remarcar en la redacción de este precepto es que se exige que la conducta dolosa, no imprudente⁷⁷¹, cometida por el extranjero infractor, esté castigada en el CP español con una pena privativa de libertad superior a un año, lo que en opinión de QUICIOS MOLINA obliga a plantearse el siguiente interrogante, ¿La expulsión por esta vía se puede adoptar sólo si el extranjero ha sido condenado a más de un año de prisión o también cabe si ha sido condenado a un año o menos por la comisión de un delito que esté penado en el CP español con más de un año de cárcel?⁷⁷².

La doctrina se muestra proclive a considerar que dicho artículo se refiere, no a la pena que finalmente se haya impuesto al extranjero, esto es, en concreto, incluso si la misma ha sido suspendida o sustituida⁷⁷³, sino a la pena en abstracto, la señalada con carácter genérico para la conducta realizada⁷⁷⁴. A la misma conclusión se llega en la Circular FGE 7/2015 sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por la LO 1/2015.

No obstante, en la práctica judicial no ha parecido que dicha cuestión resulte muy clara, ya que, entre otras, en la Sentencia del TSJ de Murcia, 465/2013 de 10 de junio, se expone que la literalidad del artículo “conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año” supone que se está refiriendo a la pena señalada al delito en abstracto y no a la pena efectivamente impuesta. En este sentido, si la Ley Orgánica hubiera querido referirse a la pena en concreto impuesta en el artículo 57.2 LOEx, no se hubiese referido al “delito sancionado” sino a la “conducta dolosa” sancionada, y el precepto cuando hace referencia a la sanción, no se refiere a la conducta, sino al delito. Esto determina que no pueda considerarse la pena

⁷⁷¹ BONILLA CORREA, J.A., Tratamiento de los delincuentes extranjeros. Medidas de expulsión, Consideraciones político-criminales, en *Diario La Ley*, nº7445, 2010, p.3.

⁷⁷² QUICIOS MOLINA, M.S., Los límites de la expulsión administrativa de extranjeros con hijos menores de edad españoles por aplicación del artículo 57.2 de la Ley 4/2000, de 11 de enero. El caso de la STC 186/2013, de 4 de noviembre, en *Derecho Privado y Constitución*, nº28, 2014, p. 313.

⁷⁷³ BONILLA CORREA, J.A., Tratamiento de los delincuentes extranjeros. Medidas de expulsión, Consideraciones político-criminales, op cit, p.8.

⁷⁷⁴ Entre otros, véanse: TORRES FERNÁNDEZ, M.E., *La expulsión de los extranjeros en Derecho Penal*, op cit, p. 113; BATUECAS, J.M., *La expulsión del extranjero en la legislación española*, op cit, p. 44; ORTEGA MARTÍN, E., *Manual práctico de derecho de extranjería. Adaptado a la LO 2/2009, de 11 de diciembre, modificadora de la LO 4/2000*, La Ley, 2010, p. 474; PLEITE GUADAMILLAS, F., Régimen de las expulsiones del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, en *Actualidad administrativa*, nº9, 2017, p.4; GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión, op cit, p.162; BONILLA CORREA, J.A., Tratamiento de los delincuentes extranjeros: medidas de expulsión. Consideraciones político-criminales, op cit, p.8.

impuesta atendiendo a la culpa, sino al delito sancionado, independientemente de que, por conformidad de otras circunstancias, pueda imponerse una pena menor de la prevista por el delito.

En el supuesto que se acaba de mencionar, el TSJ de Murcia desestimaba un recurso contencioso administrativo formulado contra el acuerdo de la Delegación del Gobierno de Murcia que acordaba la expulsión del recurrente del territorio español, nacional marroquí, prohibiéndosele la entrada por un período de diez años al haber sido condenado a la pena de cuatro meses de prisión por la comisión de un delito de hurto⁷⁷⁵.

En esta línea, en un sentido contrario se posiciona, entre otras, la STSJ de Valencia, 470/2016, de 31 de mayo. Este caso trae causa de una resolución que había sido adoptada por la Subdelegación de Gobierno de Valencia por la que se acordaba expulsar por la vía del artículo 57.2 LOEx a un extranjero que tenía antecedentes penales por delitos que en ningún caso superaban la pena de prisión de un año. En esta tesitura, la Sala consideró que, la interpretación más acorde sería entender la pena en concreto, dado que la propia Ley de Extranjería, las Directivas comunitarias, y la jurisprudencia del TJUE emanada como consecuencia de ellas van dirigidas a realizar un examen individualizado de la conducta del individuo y se huye del automatismo, siendo lo relevante la repercusión que para el orden público y la seguridad pública del país tiene la residencia del extranjero que, administrativamente, en este supuesto, tiene una residencia legal⁷⁷⁶.

⁷⁷⁵ STSJ, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, núm 465/2013, de 10 de junio de 2013. Fundamento de Derecho Tercero, Ponente DÑA LEONOR ALONSO DÍAZ MARTA. Véanse también en esta línea, entre otras, las siguientes sentencias: STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, núm 22/2014, de 20 de enero de 2014. Fundamento de Derecho Tercero, Ponente D. ABEL ÁNGEL SÁEZ DOMENECH; STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, núm 271/2017, de 24 de mayo de 2017. Fundamento de Derecho Quinto, Ponente D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES; STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, núm 410/2016, de 28 de septiembre de 2016. Fundamento de Derecho Segundo, Ponente D. ÁNGEL RUIZ RUIZ; STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección primera, núm 66/2016, de 18 de marzo de 2016, Fundamento de Derecho Cuarto, Ponente DÑA. MARÍA BEGOÑA GONZÁLEZ GARCÍA; STSJ de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección primera, núm 90179/2014, de 6 de octubre de 2014, Fundamento de Derecho Segundo, Ponente D. JULIO LUIS GALLEGO OTERO; Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Santander, núm 264/2013, de 11 de septiembre de 2013, Fundamento de Derecho Segundo, Ponente D. JUAN BAREA ORBEA.

⁷⁷⁶ STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, núm 470/2016, de 31 de mayo de 2016. Fundamento de Derecho Cuarto, Ponente DÑA NATALIA DE LA IGLESIA VICENTE. Véanse también, entre otras, la STSJ de Valencia 413/2016 de 18 de mayo de 2016. Fundamento de Derecho Cuarto, Ponente DÑA NATALIA DE LA IGLESIA VICENTE; STSJ de Aragón 552/2015 de 20 de octubre de 2015. Fundamento de Derecho Primero, Ponente D. JUAN CARLOS ZAPATAR HIJAR.

En este orden de hechos, también resulta importante traer a colación la interpretación del artículo 57.2 LOEx que realiza la STSJ de Madrid, 2/2017, de 6 de junio. Así, este Tribunal considera que el artículo 57.2 LOEx se refiere a la pena en concreto impuesta al extranjero, por dos motivos.

En primer lugar, señala que tal y como ya ha dejado sentado el TC, la medida del artículo 57.2 LOEx lo que persigue es “asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en atención a lo dispuesto en la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 del Consejo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países”. Siendo así, el Tribunal afirma que esa finalidad sólo se podría asegurar atendiendo a la conducta realizada por el extranjero reflejada en el reproche penal concreto efectuado, esto es, a la pena que efectivamente se le ha impuesto. En este sentido, sostiene que lo que el artículo 3 de la citada Directiva contempla es la expulsión de un nacional de un tercer país basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales y adoptada en alguno de los dos casos que regula, entre los que se encuentra la "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". Esto indica que, si la expulsión tiene base en la existencia de una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacional, lo que debe tenerse en cuenta es la pena en concreto impuesta al foráneo puesto que solamente teniendo en cuenta el reproche penal concreto realizado se podrá valorar si el extranjero supone una amenaza.

En segundo lugar, el segundo argumento utilizado por este Tribunal para fundamentar su opinión de que el artículo 57.2 LOEx hace referencia a la pena efectivamente impuesta al extranjero, se basa en una interpretación sistemática del precepto, esto es, si para que la cancelación de antecedentes penales a la que se refiere el primer apartado de dicho precepto se lleve a cabo, el artículo 136 CP, artículo que regula la misma, se refiere a la pena efectivamente impuesta, no tendría sentido que para aplicar el primer apartado del artículo 57.2 LOEx se deba tener en cuenta la pena en abstracto, y sin embargo, para cancelar sus antecedentes para evitar la expulsión, se deba tener en cuenta la pena en concreto⁷⁷⁷.

⁷⁷⁷ STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, núm 420/2017, de 6 de junio de 2017. Fundamento de Derecho Segundo, Ponente D. JOSÉ RAMÓN CHULVI MONTANER. Esta conclusión también ha sido sostenida, entre otras, en las siguientes sentencias: STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, núm 654/2017, de 6 de junio de 2017. Fundamento de Derecho Segundo, Ponente D. JUAN FRANCISCO LÓPEZ DE HONTANAR SÁNCHEZ; STSJ de

En esta línea, recientemente el TS en su sentencia 893/2018 de 31 de mayo ha venido a zanjar este desacuerdo existente en la jurisprudencia en torno a si habrá de tenerse en cuenta la pena en concreto o la pena en abstracto. El origen de esta sentencia se encuentra en una resolución de la Subdelegación del Gobierno de Sevilla que acordaba la expulsión de un extranjero del territorio español por la vía del artículo 57.2 LOEx. En esta tesitura, el foráneo interpuso un recurso contencioso administrativo contra dicha resolución, pero el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo desestimó el mismo. Posteriormente, interpuso recurso de apelación ante el TSJ de Andalucía, pero se le volvió a desestimar, con lo que finalmente interpuso recurso de casación ante el TS. El sujeto en cuestión había sido condenado a una pena de prisión de ocho meses por un delito de atentado a agentes de la autoridad, habida cuenta de que el artículo 550.2 CP castigaba dicho delito con la pena de prisión de seis meses a tres años.

Partiendo de estas premisas, el TS considera que del artículo 57.2 LOEx no se puede extraer la idea de que se deba tener en cuenta la condena que efectivamente le hubiera sido impuesta al ciudadano extranjero, dado que lo único a lo que el precepto hace referencia es a la sanción prevista en el CP español. Además, considera el TS que se trataría de una infracción objetiva donde la correspondiente valoración subjetiva ya fue realizada por un tribunal penal en un proceso penal, valoración que dio lugar a la pena de prisión de ocho meses que se le impuso a este ciudadano nigeriano. Por ello, arguye el referenciado Tribunal que una vez que ya se ha realizado penalmente dicha valoración no le corresponde a la Administración realizarla de nuevo en el momento de imponer la sanción de expulsión. Por tanto, la decisión de expulsión deberá adoptarse independientemente de si el hecho se consumó o se quedó en tentativa o si se dieron determinadas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.⁷⁷⁸

Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, núm 538/2017, de 18 de octubre de 2017. Fundamento de Derecho Segundo, Ponente D. GUSTAVO LESCURE CEÑAL; STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección décima, núm 643/2017, de 30 de octubre de 2017. Fundamento de Derecho Séptimo, Ponente D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO; STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección novena, núm 745/2017, de 14 de noviembre de 2017. Fundamento de Derecho Segundo, Ponente D. JOSÉ LUIS QUESADA VAREA; STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, núm 785/2017, de 7 de diciembre de 2017. Fundamento de Derecho Segundo, Ponente DÑA. MARGARITA PAZOS PITA; STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, núm 93/2018, de 7 de febrero de 2018. Fundamento de Derecho Segundo, Ponente D. GUSTAVO LESCURE CEÑAL.

⁷⁷⁸ La misma argumentación se ha utilizado en otras sentencias. Véanse: STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 3 de julio, Fundamento de derecho sexto, Ponente D. JOSÉ JUAN SUAY RINCÓN; STS, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de 11 de junio de 2018, Fundamento de Derecho sexto, Ponente D. RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE.

Ahora bien, una vez zanjada la cuestión de que la pena que se tendrá en cuenta será la pena en abstracto, el TS matiza dicha aserción, ya que expone que, puesto que la sanción de privación de libertad prevista en el CP para el delito concernido tiene que ser superior a un año teniendo en cuenta todo el espectro sancionador, estarían excluidos aquellos supuestos en los que la sanción prevista fuera-al mismo tiempo- superior e inferior a un año, esto es, que en los casos en los que la privación de libertad que esté prevista en el CP pueda ser superior, igual o inferior a un año, no puede afirmarse que se esté en presencia de un delito que sea siempre sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año.

En definitiva, concluye el TS afirmando que serán excluidos de la aplicación del artículo 57.2 LOEx aquellos delitos en los que, independientemente del máximo previsto para la pena de privación de libertad, el mínimo, igualmente previsto, sea de un año o menos.

En el supuesto en cuestión, al ser el extranjero condenado por un delito cuyo espectro sancionador en el CP abarcaba desde la pena de prisión de un año hasta los tres años, el TS ha considerado que la totalidad de la pena establecida en el CP para el delito correspondiente debe ser una pena privativa de libertad superior a un año, es decir, se excluirían de la aplicación del artículo 57.2 LOEx aquellos delitos en los que, independientemente del máximo previsto para la pena de privación de libertad, el mínimo, igualmente previsto, fuera de un año o menos.

Con base en estos argumentos, el TS estimó el recurso de casación interpuesto y dejó sin efecto la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno de Sevilla en la que se acordaba la expulsión de este extranjero⁷⁷⁹.

Con base en las anteriores argumentaciones, cabe destacar el voto particular pronunciado por el magistrado Rafael Fernández Valverde, quien expone que se debería tener en cuenta la pena en concreto que se le hubiera impuesto al individuo en sede penal y no la pena en abstracto.

En esta tesitura, arguye en primer lugar que la causa de expulsión del artículo 57.2 LOEx es una infracción administrativa, ya que, primeramente, el artículo comienza con la expresión “Asimismo”, lo cual implica una conexión con el apartado primero del

⁷⁷⁹ STS, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de mayo de 2018, Fundamento de derecho octavo, décimo y décimo primero, Ponente D. RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE.

artículo 57, que regula un elenco de infracciones graves y muy graves en las que la sanción de multa puede ser sustituida por la de expulsión del territorio nacional.

En segundo lugar, el magistrado expone que de la necesidad de la tramitación del correspondiente expediente administrativo se aduce el carácter de infracción administrativa de la causa de expulsión del 57.2 LOEx.

En tercer lugar, al tratarse de una infracción administrativa cuya consecuencia es la expulsión de España, dicha sanción se aplicaría en virtud de la potestad sancionadora de la Administración, y dicho magistrado afirma que el ejercicio de la potestad sancionadora no se puede concebir como una actividad estrictamente objetiva sin ningún tipo de relación con la realidad en que tal actuación delictiva tuvo lugar. Así, esto se traduce en que la actuación administrativa a que habilita el artículo 57.2 LOEx no se puede adoptar sin tomar en consideración la conducta personal del afectado.

Respecto a las condenas impuestas en el extranjero, resulta indiferente que la pena que se le haya impuesto al extranjero infractor sea o no privativa de libertad, ya que, a la hora de sancionar la conducta, lo determinante no es el ordenamiento jurídico de ese país, sino el nuestro.

Como expone MARTÍNEZ ESCAMILLA, dicho precepto permite expulsar a foráneos que hayan cometido un delito de escasa entidad pero que esté castigado por el CP con una pena privativa de libertad superior a un año⁷⁸⁰, lo que permitiría expulsar automáticamente a extranjeros infractores que hubieran sido condenados por hechos sin apenas gravedad y respecto de los cuáles se acordara el cumplimiento de la pena de prisión en España porque, entre otras circunstancias, fuera más favorable de cara a su reinserción social por presentar un arraigo familiar en España.

Por otro lado, considerar la pena en abstracto automatizaría la expulsión de extranjeros que hubieran cometido un delito que en el CP aparece castigado con una pena privativa de libertad superior a un año, independientemente de que el hecho de consumara o se quedara en tentativa, o de la incidencia de determinadas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, o de que finalmente se le hubiera suspendido la pena por cumplir con los requisitos indicados al respecto en el artículo 80 CP. Con respecto a la cuestión de la suspensión de la ejecución de la pena, conviene tener en cuenta que según lo dispuesto en el artículo 81 CP el plazo de suspensión será de dos a cinco años para las

⁷⁸⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., Expulsión e internamiento de extranjeros, ¿Quiénes están en los CIE?, en REIG FABADO, I (dir.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2014, p.361.

penas privativas de libertad no superiores a dos años. Así, a través del artículo 57.2 LOEx se abriría la puerta a la posibilidad de expulsar a un extranjero infractor al que se le hubiera suspendido la pena durante un plazo de dos años, y al que se le hubieran encomendado, por ejemplo, la realización de trabajos en beneficio de la comunidad por la vía del artículo 84 CP, al término de dicho plazo, no habiendo vuelto a delinquir el foráneo y llevando una conducta aneja a un éxito en la consecución de su reintegración en la sociedad.

En definitiva, consideramos que tener en cuenta la pena en abstracto podría contribuir a quebrar las posibilidades de reinserción social del extranjero.

VI.3) Ámbito subjetivo de aplicación

Tal y como puede extraerse de la dicción del precepto, el ámbito subjetivo de aplicación estaría constituido por dos circunstancias distintas, teniendo en cuenta, en primer lugar, que esta medida podría recaer sobre cualquier extranjero no comunitario incluso con residencia legal de larga duración⁷⁸¹. Tampoco se podría aplicar sobre nacionales de los Estados de Islandia, Liechtenstein y Suiza⁷⁸².

Respecto a los extranjeros en situación administrativa regular, el artículo 57.2 LOEx hace especial alusión a la necesidad previa de “*tramitación del correspondiente expediente*”. Se refiere en este caso al expediente de expulsión, que por mor de lo normado en el artículo 57.4 LOEx deberá contener una resolución administrativa de revocación de su permiso de residencia. En efecto, este precepto establece que la expulsión conllevará en todo caso la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para trabajar o residir en España del extranjero expulsado⁷⁸³.

De esta suerte, por un lado, el artículo 57.2 LOEx abarcaría a los foráneos que hubieran sido condenados en un país extranjero, no tuvieran cancelados sus antecedentes penales allí y se encontraran en territorio español. En este sentido, como se puede

⁷⁸¹ BOZA MARTÍNEZ, D., Perspectivas postpenitenciarias de las personas extranjeras privadas de libertad: entre la expulsión y el arraigo, en ALCALÉ SÁNCHEZ, M y GÓMEZ LÓPEZ, R (coords)., *Derecho Penal, género y nacionalidad*, Comares, 2015, p. 275; MASSÓ GARROTE, MF., *Nuevo régimen de extranjería. Comentarios, procedimientos, formularios, y modelos de la LO 4/2000, de Extranjería, tras la reforma de la LO 8/2000*, op cit, p. 36.

⁷⁸² MONCLÚS MASÓ, M y BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A., *Estudio comparativo del control del flujo de los migrantes en los contextos latinoamericanos y europeo*, op cit, p. 32.

⁷⁸³ GARCÍA ESPAÑA, E., La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015. ¿De la discriminación a la reinserción?, op cit, p.6.

observar, dicho precepto no establece una obligación de comprobar las circunstancias personales y del hecho cometido en el país del que viene el extranjero. De esta forma, consideramos que al omitir la obligatoriedad del análisis de esas circunstancias, se pueden cortar de raíz las posibilidades de reinserción social que ese foráneo pudiera tener en España, por contar con la existencia de, por ejemplo, un arraigo familiar en nuestro país que le pudiera ayudar en su proceso de reinserción social; y tampoco se dispone que se deba tener en cuenta la pena que al foráneo se le hubiera impuesto en su país de origen, si la misma correspondía a un delito grave o no, o incluso si se le hubiera suspendido, ya que como indicamos anteriormente, el TS ha determinado que la pena a tener en cuenta sea la pena en abstracto y no en concreto.

Por otro lado, también se aplicaría a los extranjeros que hubieran sido condenados en España por una conducta dolosa sin que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados. Esto permitiría acordar la expulsión en el período de tiempo que transcurriera entre el final del cumplimiento de la pena privativa de libertad y el momento en el que se cancelaran sus antecedentes penales, lo cual significa que cuando un extranjero hubiera cumplido una condena de más de un año de duración por un delito doloso, el mismo podría ser expulsado en el momento en el que cumpliera su condena y saliera de la prisión⁷⁸⁴.

En efecto, tal y como plantea LARRAURI, este es uno de los problemas que presenta este artículo, ya que en muchas ocasiones no hay cancelación posible de los antecedentes penales porque la pena se acaba de cumplir.

En este sentido, para el caso del extranjero que estuviera cumpliendo su pena de prisión se prevé en el artículo 26 RP la comunicación del Director del establecimiento penitenciario a la autoridad competente de la fecha previsible de la extinción de condena del extranjero que esté cumpliendo su pena de prisión y conforme a lo dispuesto en la LOEx, esté sujeto a causa de expulsión posterior al cumplimiento de la condena. Por mor de lo normado en dicho precepto, esta comunicación deberá hacerse con una antelación de tres meses a la fecha de cumplimiento de la condena, o del momento de formular la propuesta de libertad definitiva a que se refiere el artículo 24.2⁷⁸⁵.

⁷⁸⁴ APRELL LASAGABASTER, C., *Régimen administrativo de los extranjeros en España. Ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados*, Marcial Pons, 1994, p. 205; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, DURÁN AYAGO, A y CARRILLO CARRILLO, B.L., *Curso de nacionalidad y extranjería*, Cóllex, 2007, p. 424.

⁷⁸⁵ LARRAURI, E., Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes, en *Indret*, nº2, p. 15.

Del mismo modo, en la Instrucción de Instituciones Penitenciarias 18/2005, relativa a las normas generales sobre internos extranjeros, también se establece el deber de comunicación por parte del Director del establecimiento penitenciario a la Comisaría Provincial de Policía, de los datos personales de los extranjeros que hubieren ingresado en prisión procedentes de libertad, a efectos de lo dispuesto en la normativa de extranjería, especialmente en cuanto a la incoación de expediente de expulsión por parte de dicha autoridad una vez analizadas las circunstancias que concurran en cada caso. Del mismo modo, se llevará a cabo la misma comunicación cuando un extranjero pase a situación de penado.

En esta tesitura, si el extranjero no es expulsado recién salido del centro penitenciario se plantea otro inconveniente, y es que, como se verá a continuación, los plazos para cancelar los antecedentes penales son muy largos⁷⁸⁶, por lo que en la práctica es complicado que el extranjero pueda cancelar sus antecedentes en un plazo relativamente corto tras el cumplimiento de la pena de prisión, sabiendo además que algunas penas tardan mucho en ejecutarse y mucho en cumplirse⁷⁸⁷. En este sentido, la cancelación de los antecedentes penales es una labor que correspondería al extranjero⁷⁸⁸ y el artículo del CP que regula sus períodos de cancelación es el 136.

Así, en este precepto se establece que los condenados que hubieran extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener, de oficio o a instancia de parte, del Ministerio de Justicia, la cancelación de sus antecedentes penales, cuando hayan transcurrido los siguientes plazos sin haber vuelto a delinquir: Seis meses para los casos de penas leves; dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas graves inferiores a tres años; cinco años, para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años, y, finalmente, diez años para las penas graves. En esta línea, en el párrafo dos se norma que estos plazos comenzarán a contar desde el día en el que quedara extinguida la pena, aunque si eso ocurriera mediante la remisión condicional, una vez obtenida la remisión definitiva, el plazo de computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiera

⁷⁸⁶ Tal y como expone GARCÍA ESPAÑA, los plazos de cancelación de antecedentes penales han aumentado tras la reforma del CP del 2015. Véase en GARCÍA ESPAÑA, E., Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados. Un mosaico de exclusión, op cit, p.23.

⁷⁸⁷ LARRAURI, E., Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes, op cit, p. 15.

⁷⁸⁸ APRELL LASAGABASTER, C., *Régimen administrativo de los extranjeros en España. Ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados*, op cit, p. 206; CAMPO CABAL, J.M., De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, en CAMPO CABAL, J.M (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, Civitas, 2001, p. 417.

quedado cumplida la pena si no se hubiese disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena, el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión.

En este sentido, es el artículo 33 CP el precepto que establece la distinción entre penas graves, menos graves y leves. Así, en primer lugar, serían penas graves: La prisión permanente revisable, la prisión superior a cinco años; la inhabilitación absoluta; las inhabilitaciones superiores por tiempo superior a cinco años; la suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años; la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años; la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años; la privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años; la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares o a otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años; la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años, y, finalmente, la privación de la patria potestad.

En segundo lugar, serían penas menos graves las siguientes: Prisión de tres meses hasta cinco años; las inhabilitaciones especiales hasta cinco años; la suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años; la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años; la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años; la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de un año y un día a cinco años; la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas, que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años; la multa de más de tres meses; la multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, salvo lo dispuesto en el apartado siete de este artículo, y, finalmente, los trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y un días a un año.

En último lugar, las penas leves serían: La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año; la privación del derecho a la tenencia o porte de armas de tres meses a un año; inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio, que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de tres meses o a un año; la privación del derecho a residir en determinados lugares, o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses; la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o

tribunal, por tiempo de un mes, a menos de seis meses; La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses; la multa de hasta tres meses; la localización permanente de un día a tres meses, y, finalmente, los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días.

VI.4) La frustración de la reinserción social de los extranjeros que ya han cumplido su pena

Al hacer alusión al artículo 57.2 LOEx, hacemos referencia a un precepto que vulnera claramente las posibilidades de reinsertarse en la sociedad que tenga un extranjero que ya ha cumplido su pena de prisión en España al no haber sido expulsado por el artículo 89 CP.

Partiendo de esta premisa, a nuestro entender, el paso del extranjero infractor por prisión estaría contaminado de una predisposición a pasar por alto un objetivo tan importante como es la consecución de su reinserción social para servir a otras finalidades. A nuestro juicio, esta idea se puede contemplar desde diversas perspectivas.

En primer lugar, en el artículo 234 RLOEx se dispone que la tramitación de los expedientes en los que se pueda acordar la expulsión se llevará a cabo por el procedimiento preferente cuando la infracción imputada sea alguna de las previstas en las letras a) y b) del artículo 54.1, así como en las letras d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 LOEx.

Por mor del artículo 235 RLOEx en la misma notificación del acuerdo de inicio del expediente, se advierte que, de no efectuar alegaciones del contenido del acuerdo durante cuarenta y ocho horas, dicho acuerdo será considerado como propuesta de resolución con remisión del expediente a la autoridad competente para resolver. En este sentido, en la inmensa mayoría de casos, al ser el plazo tan corto, éste expira sin que nada se pueda alegar debido al desconocimiento de la normativa de extranjería y también, en ocasiones, al bajo nivel educativo de los extranjeros. En este orden de hechos, no se debe olvidar que en muchas ocasiones se trata de extranjeros que se encuentran en prisión, por lo que el plazo de cuarenta y ocho horas deviene un período imposible de cumplir a la hora de realizar alegaciones y recabar documentación. Además, la situación económica de los foráneos que están en prisión suele ser precaria, haciendo uso de abogados de oficio

con los que apenas tienen contacto⁷⁸⁹. No cabe duda de que esta posibilidad legal malograría las probabilidades que el extranjero tuviera de reinserirse en la sociedad una vez que hubiera cumplido su pena de prisión, ya que alegar y probar las circunstancias personales que acrediten un buen pronóstico de reinserción social en un plazo de tan sólo cuarenta y ocho horas deviene una tarea de difícil realización, más si el individuo aún está en prisión.

En segundo lugar, a esta circunstancia hay que añadirle la ya explicada anteriormente relativa a la longitud de los plazos para cancelar los antecedentes penales, lo que hace que en la práctica sea muy complicado cancelar los mismos en un intervalo de tiempo relativamente corto tras el cumplimiento de la pena de prisión⁷⁹⁰. Esto quiere decir que mientras que el extranjero no pueda cancelar esos antecedentes podrá ser expulsado por la vía del artículo 57.2 LOEx. En nuestra opinión, véase aquí un ejemplo de cómo un simple trámite administrativo desoye todo un proceso de reinserción social desarrollado en el establecimiento penitenciario, dado que la posibilidad de que este foráneo pueda reinserirse o no depende de un sistema de plazos.

En tercer lugar, la expulsión vía administrativa por el artículo 57.2 LOEx podría ser posible en supuestos en que el artículo 89 CP no se hubiera aplicado por haber atendido a las circunstancias personales del extranjero, entre ellas su arraigo familiar, puesto que en el artículo 57.2 LOEx no se hace referencia a la obligatoriedad previa al acuerdo de una expulsión de ponderar las circunstancias personales que tenga el foráneo, alimentando así la arbitrariedad de la Administración a la hora de acordar expulsiones por este dispositivo legal. Un ejemplo muy ilustrativo de esto puede vislumbrarse en el nuevo artículo doctrinal publicado por GARCÍA ESPAÑA⁷⁹¹. En dicho artículo, la citada autora alude al polémico caso de Abdul, que salió a la luz a raíz de su publicación en el mes de junio de 2015 en el Heraldo de Aragón y fue difundido a través de las redes sociales. Abdul era un hombre de origen marroquí de 39 años que había emigrado a España hacía ya 20 años. Abdul trabajaba en el campo, aprendió el español y tenía una tarjeta de residencia. Pasado un tiempo, Abdul fue condenado por un delito de tráfico de drogas a varios años de prisión. Tras pasar varios años en una prisión de Zaragoza satisfizo la responsabilidad civil derivada del delito y, con su permiso de residencia y trabajo en vigor

⁷⁸⁹ LEGANÉS GÓMEZ, S., La expulsión de los penados en el CP de 2015, op cit, p.7.

⁷⁹⁰ LARRAURI, E., Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes, op cit, p.15.

⁷⁹¹ GARCÍA ESPAÑA, E., La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015. ¿De la discriminación a la reinserción?, op cit, pp, 2 y 27.

hasta 2019, se le concedió la libertad condicional debido a que consiguió un trabajo en la empresa de reinserción “Hermanas de la Caridad de Santa Ana”, viviendo durante su disfrute con su mujer y la hija de esta. Una vez acabada la condena se presentó en su lugar de trabajo la policía de extranjería que procedió a su detención con la finalidad de llevar a cabo una expulsión que se ejecutó en un plazo de 48 horas, expulsión ejecutada por la vía del artículo 57.2 LOEx.

En esta línea, a pesar de que el artículo 57.2 LOEx se configure como una medida automática donde no se van a tener en cuenta las circunstancias personales del extranjero, el artículo 57.5 LOEx, que regula un régimen excepcional de expulsión al hacer referencia a la posibilidad de expulsar a un residente de larga duración, menciona que, antes de adoptar la decisión de expulsar al mismo habrá de tenerse en cuenta el tiempo de su residencia en España, y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado, y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado.

El artículo 57.5 LOEx es fruto de la trasposición que se hizo al ordenamiento jurídico español del artículo 12.1 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Este precepto dispone que los Estados Miembros podrán expulsar a un residente de larga duración sólo si este representa una amenaza real o suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública. El párrafo tercero del mismo artículo exige a los Estados miembros tener en consideración el siguiente elenco de elementos antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración: La duración de su residencia en el territorio; la edad de la persona implicada; las consecuencias para él y para los miembros de su familia, y, los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen⁷⁹².

Al hacer alusión al artículo 57.5 LOEx, precepto que recoge la obligatoriedad de ponderar un catálogo de circunstancias antes de expulsar a un residente de larga duración tras cumplir su pena de prisión, nos surge el interrogante de si esta obligatoriedad resulta extrapolable a los supuestos de expulsión del artículo 57.2 LOEx, tanto si el residente que pretende ser expulsado es de larga duración como si no.

⁷⁹² BOZA MARTÍNEZ, D., La expulsión de residentes de larga duración como consecuencia de condena penal y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en SOLANES CORELLA, A y LA SPINA, E (coords)., *Políticas migratorias, asilo y derechos humanos. Un cruce de perspectivas entre la Unión Europea y España*, op cit, p. 3.

A pesar de lo estipulado por ambos preceptos, llama la atención que en parte de la práctica judicial se ha ignorado cualquier intento de establecer una relación entre ambos, negándose así la posibilidad de valorar las circunstancias personales del extranjero antes de acordar su expulsión.

En esta dirección apunta, entre otras, la STSJ de Cataluña 208/2015 de 19 de marzo, que establece que el artículo 57.2 LOEx no prevé la situación de arraigo como causa impeditiva de la medida de expulsión. Además, dicha sentencia sostiene que la condena penal del foráneo por sí misma pone de manifiesto que no respeta las normas de convivencia que nos hemos dado. Y si no respeta estas normas no puede considerarse que esté arraigado en territorio español, dado que no basta con estar empadronado, trabajar en España, o tener hijos o familiares españoles, si no se respetan las normas de convivencia de esta sociedad⁷⁹³.

En idéntico sentido se afirma en la STSJ de Castilla y León, Burgos 719/2010 de 12 de noviembre, supuesto en el que se desestima un recurso de apelación interpuesto por un nacional de Guinea Ecuatorial contra la resolución dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Segovia, que confirmaba la resolución de la Subdelegación de Gobierno de Segovia por la que se acordaba imponer a este extranjero la sanción de expulsión del territorio nacional por la vía del artículo 57.2 LOEx con una prohibición de regreso de diez años. En este sentido, nos encontramos ante un sujeto que había cumplido una pena de nueve años de prisión por la comisión de un delito contra la salud pública. Esta persona llevaba más de veintinueve años viviendo en España, tenía permiso de residencia permanente, y, además, toda su familia directa convivía en España. Este tribunal consideraba que esta miscelánea de circunstancias sólo podía servir para enervar, en su caso, la expulsión relativa a la estancia ilegal del recurrente, pero bajo ningún concepto la expulsión consistente en la comisión previa de un delito grave, con lo cual, al sujeto no se le podía aplicar la excepción del artículo 57.5 LOEx⁷⁹⁴.

A similar conclusión se llega en la STSJ de Valencia 480/2016 de 31 de mayo, donde a pesar de reconocerse que es necesario una ponderación de las circunstancias personales del extranjero que sería expulsado con base en el artículo 57.2 LOEx fundadas

⁷⁹³ STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, núm 208/2015, de 19 de marzo, Ponente D. MONSERRAT FIGUERA LLUCH, Fundamento de derecho segundo; STSJ de Islas Baleares, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, núm 829/2012, de 30 de noviembre, Ponente DÑA. MARÍA DEL CARMEN FRIGOLA CASTILLÓN, Fundamento de Derecho cuarto.

⁷⁹⁴ STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso Administrativa, sección primera, núm 719/2010, de 12 de noviembre de 2010, Ponente DÑA MARÍA BEGOÑA GONZÁLEZ GARCÍA. Fundamento de Derecho Tercero.

en el artículo 57.5 LOEx, manifiesta que en caso de determinados delitos, al ser el foráneo considerado una amenaza para la seguridad pública, en este caso, por haber cumplido una pena de prisión de tres años y tres meses por la comisión de un delito contra la salud pública, a pesar de que quepa una ponderación de sus circunstancias personales, su expulsión estaría totalmente justificada⁷⁹⁵.

En este orden de hechos, sentencias como la STSJ de Castilla y León 27/2008, de 21 de mayo, han considerado no extender las circunstancias indicadas en el artículo 57.5 LOEx a los supuestos en los que se adopte la expulsión vía artículo 57.2 LOEx, ya que, la excepción del artículo 57.5 LOEx sólo se aplicaría en caso de que la expulsión impuesta lo fuera como sanción a la comisión de una infracción administrativa, y en estos términos, considera que la expulsión del artículo 57.2 LOEx no se configuraría ni como una sanción ni como la respuesta a la comisión de una infracción administrativa⁷⁹⁶.

En todos los supuestos anteriores se puede vislumbrar cómo circunstancias que se van a tener en cuenta a la hora de dilucidar sobre la expulsión de un extranjero por el artículo 89 se van a ignorar en el momento de decidir sobre la expulsión administrativa por la vía del artículo 57.2 LOEx. Nos referimos, por ejemplo, al hecho de tener familia directa viviendo en España, haber vivido durante mucho tiempo en España, o tener un permiso de residencia permanente, entre otras.

En esta tesitura, cabe destacar que otras sentencias, por el contrario, sí han considerado que a la hora de valorar una expulsión por la vía del artículo 57.2 LOEx sería necesario tener en cuenta las circunstancias personales del extranjero en cuestión. Así, cabe citar, entre otras, la STSJ de Murcia 22/2014 de 20 de enero, que resuelve un supuesto en el que se pretendía expulsar a un nacional ecuatoriano por la vía del artículo 57.2 LOEx, por haber sido condenado a un año de prisión por la comisión de un delito de robo con fuerza en las cosas.

En efecto, a esta persona se le impuso una pena de prisión de un año, como consecuencia de la sentencia de conformidad del 12 de septiembre de 2007 por hechos cometidos en abril de 2001, y finalmente la pena le fue suspendida al no tener antecedentes penales previos, aunque incomprensiblemente se tardaran cinco años en llevarlo a cabo. Por tanto, desde que transcurrieron los hechos hasta que se abrió el

⁷⁹⁵ STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, núm 480/2016, de 31 de mayo de 2016, Ponente D. ALTARRIBA CANO, Fundamento de Derecho Cuarto y Sexto.

⁷⁹⁶ STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, núm 27/2008, de 21 de mayo de 2008, Ponente DÑA MARÍA BEGOÑA GONZÁLEZ GARCÍA.

expediente de expulsión transcurrieron doce años, lo que en la actualidad denotaba una importante falta de peligrosidad. Dos años después de dictarse la sentencia le fue concedido un permiso de residencia y trabajo de larga duración. El Tribunal consideró, con acierto a nuestro entender, que no resultaba razonable que doce años después de suceder los hechos se acordara la expulsión de una persona que tiene permiso de residencia de larga duración por haber cometido un delito, pese a estar la condena suspendida y sus responsabilidades civiles cumplidas, habiéndose renovado mientras tanto la residencia temporal, el permiso de trabajo y la residencia de larga duración. En este sentido, cuando se le iba a otorgar el permiso de trabajo y de residencia de larga duración, se tuvieron que valorar todas las circunstancias concurrentes, y, entre ellas, la condena impuesta por una sentencia dictada el 12 de septiembre de 2007 que era firme al ser de conformidad. Por todo ello, determinó que cuando se trata de residentes de larga duración, la ley otorga una especial protección a la hora de llevar a cabo la expulsión, dicho lo cual, a este extranjero le sería aplicable lo dispuesto en el artículo 57.5 LOEx⁷⁹⁷.

No obstante, existiría una tercera corriente jurisprudencial, entre la que se encuentra la ya comentada STJ de Valencia, 470/2016, de 31 de mayo de 2016, que considera que sólo cabría estudiar el arraigo y las circunstancias personales del extranjero en el caso de que el foráneo expulsado fuera un residente de larga duración, siendo esta la única excepción, estableciendo una exención de analizar el arraigo si el extranjero no es residente de larga duración⁷⁹⁸.

Recientemente, el TC ha zanjado este debate jurisprudencial en diversas sentencias, entre otras, en la STC núm 201/2016, de 28 de noviembre. Esta sentencia estima un recurso de amparo interpuesto por un individuo de nacionalidad marroquí sobre el que se había adoptado una decisión de expulsión vía artículo 57.2 LOEx por la Subdelegación de Gobierno de Barcelona. Esta persona había recurrido la sentencia en diversas instancias, pero el argumento dado por todas ellas exponía que a la hora de adoptar una medida de expulsión administrativa vía artículo 57.2 LOEx; no se debían ponderar las circunstancias personales del extranjero en cuestión, pues; se trataba de una medida automática. En este caso en concreto, este sujeto se encontraba viviendo en

⁷⁹⁷ STS de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 2ª, núm 22/2014, de 20 de enero de 2014, Ponente D. ABEL ÁNGEL SÁEZ DOMENECH. Fundamento de Derecho Tercero. En este sentido, véanse, entre otras, las siguientes sentencias: STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, núm 433/2016, de 18 de mayo de 2016, Ponente D. MARIANO FERRANDO MARZAL. Fundamento de Derecho Cuarto;

⁷⁹⁸ STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, núm 470/2016, de 31 de mayo de 2016, Fundamento de Derecho Cuarto, Ponente DÑA NATALIA DE LA IGLESIA VICENTE

España desde hacía ya veinte años, tal y como el mismo exponía, y no contaba con vínculo alguno en el país de origen. Además, tenía una enfermedad mental que le impedía gobernarse por sí mismo. Razón por la que había sido civilmente incapacitado y estaba sujeto a la tutela de su hermano.

Con base en estas circunstancias el TC admitió su recurso de amparo al considerar que una exclusión de las circunstancias personales del extranjero a la hora de expulsarlo por la vía del artículo 57.2 LOEx no era aceptable, resultando preciso ponderar en todo caso tanto las circunstancias del supuesto como la gravedad de los hechos⁷⁹⁹.

En un sentido parecido se ha pronunciado recientemente el TS, quien en su sentencia núm 1653/2018, de 22 de noviembre dispone que a la hora de expulsar a un extranjero por la vía del artículo 57.2 LOEx será preciso tener en cuenta las circunstancias limitativas del artículo 57.5 b), aunque no habla del conjunto de circunstancias del supuesto, así como de la gravedad de los hechos, tal y como lo hace el TC⁸⁰⁰.

Aparte de esta cuestión, y siguiendo con el estudio de las razones que nos llevan a considerar que el paso del extranjero por prisión no está enfocado hacia la consecución de su reinserción social, nos topamos con la situación que atraviesa el foráneo en situación administrativa irregular tras su estancia en un establecimiento penitenciario y respecto del cuál no se pudiera ejecutar la expulsión correspondiente por el artículo 57.2 LOEx. En estos términos, el hecho de haber cumplido una pena de prisión le dejará sumido en una situación de ilegalidad, dado que, al tener antecedentes penales no podrá regularizar su situación⁸⁰¹. En efecto, el artículo 31.5 LOEx establece que para autorizar la residencia temporal de un extranjero será requisito necesario que el mismo carezca de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. En esta línea, seguimos a RODRÍGUEZ YAGÜE, quien expone que exigir que el extranjero no tenga antecedentes penales supone utilizar un fundamento basado en una *“peligrosidad indiciaria burda, en tanto equipara esa peligrosidad a la comisión de un delito, desoyendo la presencia o*

⁷⁹⁹ STC 201/2016, de 28 de noviembre de 2016, FJ3, Magistrado Ponente D. ANTONIO NARVÁEZ RODRÍGUEZ. En este sentido también se han pronunciado las siguientes sentencias: STC 46/2014, de 7 de abril de 2014, FJ7, Magistrado Ponente D. LUIS IGNACIO ORTEGA ÁLVAREZ; STC 131/2016, de 18 de julio de 2016, FJ6, Magistrado Ponente D. ADELA ASÚA BATARRITA.

⁸⁰⁰ STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 22 de noviembre de 2018, Fundamento de Derecho cuarto, Ponente D. CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO.

⁸⁰¹ GARCÍA ESPAÑA, E., Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados. Un mosaico de exclusión, op cit, p.23.

*ausencia de otros indicadores de importancia, ya propios del delito o de su forma de comisión, como la distinta gravedad delictiva, o de factores posteriores, como si la condena ya ha sido cumplida*⁸⁰².

De esta suerte, esta misma autora mantiene que esta posibilidad legal forzará al extranjero a sumirse de nuevo en la delincuencia, al quedar en una situación de ilegalidad de su situación administrativa.

En esta línea, tal y como manifiesta MUÑOZ RUÍZ, el derecho no sólo debe evitar estigmatizar al condenado, sino que, de manera acorde a los postulados preventivos, debe esforzarse por compensar el paso por un centro penitenciario y evitar una prolongación de los efectos de la pena más allá del cumplimiento de la misma. Lo que ocurre en estas circunstancias es que el cumplimiento de la condena no se traduce en el punto y final de la etapa de un individuo, sino que su *status* se prolonga durante unos plazos trazados arbitrariamente por el legislador durante los cuales están pendientes los antecedentes penales⁸⁰³.

Esta suma de causalidades lleva a la doctrina a considerar, con razón a nuestro entender, que el artículo 57.2 LOEx frustraría las posibilidades de reinserción social que el extranjero condenado pudiera tener tras el cumplimiento de la pena⁸⁰⁴, y es que, tal y

⁸⁰² RODRÍGUEZ YAGÜE, C., El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes, op cit, p.8.

⁸⁰³ MUÑOZ RUÍZ, J., Presente y futuro de la cancelación de los antecedentes delictivos, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº112, 2014, p.2.

⁸⁰⁴ Entre otros: BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A., Resocialización e inclusión en el tratamiento punitivo de los migrantes, en BERNUZ BENEITEZ, M.J, SUSÍN BELTRÁN, R (coords)., *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*, Marcial Pons, 2010, p. 16; CALVO ROJAS, E., El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares, op cit, p. 198; MIQUEL CALATAYUD, J.A., *Estudios sobre extranjería*, op cit, p.277; APREL LASAGABASTER, C., *Régimen administrativo de los extranjeros en España. Ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados*, op cit, p. 205; BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A y MONCLÚS MASO, M., *Políticas y prácticas de control migratorio. Estudio comparativo del control de los migrantes en los contextos latinoamericano y europeo*, op cit, p.92; TOMÉ GARCÍA, J., *Intervención del Juez Penal en la expulsión de extranjeros*, op cit, p.200; ROMA VALDÉS, A., La sustitución de penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros, op cit, p.854; DE MARCOS MADRUGA, M.F., Una aproximación al tratamiento de los extranjeros en prisión, op cit, p.6; ORTÍZ GONZÁLEZ, A.L., Prisión, extranjería, reeducación y reinserción: Realidades difíciles de hacer compatibles, op cit, p.27; GARCÍA ESPAÑA, E., La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015. ¿De la discriminación a la reinserción?, op cit, pp.2 y 27; MOYA ESCUDERO, M(coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO4/2000 y LO8/2000)*, op cit, p.854; RODRÍGUEZ MESA, M.J., La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica, en RODRÍGUEZ MESA, M.J y RUIZ RODRÍGUEZ, L.R (coords)., *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, op cit, p.269; ASENSI SABATER, J., *Comentarios a la Ley de Extranjería. Reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre*, op cit, p.442; CAMPO CABAL, J.M., De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, en CAMPO CABAL, J.M (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, op cit, p. 417; TORRES FERNÁNDEZ, M.E., *La expulsión de los extranjeros en derecho penal*, op cit, p. 136; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes, op cit, p.15.

como afirma MIQUEL CALATAYUD, “*los antecedentes penales no deben augurar una mala conducta futura, sino una rehabilitación y reinserción en la sociedad*”⁸⁰⁵.

Además, la posibilidad de expulsar a un extranjero por la tenencia de antecedentes penales sería contraria a lo dispuesto en el artículo 73 LOGP, precepto que establece que los antecedentes penales no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica.

En esta tesitura, autores como RECIO JUÁREZ consideran que dicha expulsión administrativa no debería entrar en juego si el juzgador penal no hubiera acordado la expulsión sustitutiva por la vía del artículo 89 CP en atención a las circunstancias personales del penado, por entenderla desproporcionada⁸⁰⁶. En idéntico sentido, BOZA MARTÍNEZ tilda de ilógica esta opción⁸⁰⁷. Bajo nuestro punto de vista, si bien consideramos que los citados autores transitan una senda razonable, adoptamos un punto de vista más drástico abogando por la abrogación del artículo 57.2 LOEx.

No obstante, a pesar de la opinión doctrinal mayoritaria de que el artículo 57.2 LOEx quebranta las posibilidades de reinserción social de los infractores extranjeros que han pasado por prisión, el TC ha cerrado este debate con el pronunciamiento que realizó en su sentencia núm 236/2007, de 7 de noviembre, acerca de la transgresión del mandato constitucional de reinserción social reconocido por el artículo 25.2 CE, afirmando que, el artículo 57.2 LOEx no quebrantaría dicho mandato resocializador puesto que considera que el artículo 25.2 CE estaría dirigido a las penas privativas de libertad y medidas a ella asimiladas por la ley, entre las que no estaría en ningún caso la expulsión del extranjero. Además, expone que el mandato resocializador está dirigido al legislador penitenciario y a la Administración creada por él para orientar la política penal y penitenciaria, pero no al legislador que establece medidas administrativas en el marco de la política de extranjería⁸⁰⁸.

Tal decisión, en nuestra opinión, deja totalmente desprotegida la reinserción social de los extranjeros que han salido del sistema penitenciario, a los que se les niega la riqueza

⁸⁰⁵ MIQUEL CALATAYUD, J.A., *Estudios sobre extranjería*, op cit, p. 277.

⁸⁰⁶ RECIO JUÁREZ, M., Claves de la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal, op cit, p.3; BOZA MARTÍNEZ, D., La expulsión de residentes de larga duración como consecuencia de condena penal y la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos, en SOLANES CORELLA, A y LA SPINA, E., *Políticas migratorias, asilo y derechos humanos. Un cruce de perspectivas entre la Unión Europea y España*, Tirant lo Blanch, 2014, p.10.

⁸⁰⁷ BOZA MARTINEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89CP*, op cit, p.353.

⁸⁰⁸ STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, FJ14, Magistrado Ponente DÑA MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE.

de una segunda oportunidad; y es que, esta postura no es más que el reflejo del periplo desalentador para la reinserción social que comenzó el TC en la década de los 80, cuando estableció que la reinserción social no era un derecho de los internos, tampoco un principio constitucional, sino sólo un mandato dirigido a la política penal y penitenciaria, concepción que, como se explicó al inicio de esta investigación, no hace sino oscurecer el concepto de la reinserción social.

CONCLUSIONES

Conscientes de la envergadura que presenta la reinserción social de los infractores extranjeros como finalidad a perseguir a través de la imposición de la pena de prisión, se lleva a cabo en esta investigación el análisis del artículo 89 CP, precepto que regula la expulsión de los foráneos que han cometido un delito como sustitución del cumplimiento de la pena de prisión correspondiente en un establecimiento penitenciario español. Se trata de un precepto que ha sido reformado en cuatro ocasiones, la última de ellas por la LO 1/2015, de reforma del CP. En esta tesitura, a través de este estudio se ha pretendido determinar si, tras esta nueva modificación, el artículo 89 CP se acerca más a la finalidad de la consecución de la reinserción social de las penas, o si, por el contrario, se aleja de la misma. De esta forma, ha jugado un papel fundamental en este estudio el análisis del artículo 57.2 LOEx ya que el mismo posibilita la expulsión de los extranjeros infractores que ya han cumplido su pena de prisión en España, poniendo ello en tela de juicio las posibilidades que tengan de reinsertarse en la sociedad española. En puridad, como resultado de la mencionada investigación, se ha obtenido el siguiente elenco de conclusiones:

Primera. El ordenamiento jurídico español ha otorgado una naturaleza jurídica indefinida a la reinserción social, lo que impide que dicha institución tenga una mayor fuerza e importancia en la práctica judicial a la hora de oponerse a determinadas decisiones, leyes o actos que puedan obstaculizar esta finalidad reinsertadora de la pena. Además, el pensamiento resocializador ha venido sufriendo desde la década de los setenta una pérdida de credibilidad, que perdura actualmente. Estas dos realidades han provocado que la reinserción social como fin de la pena pierda relevancia dentro del sistema penal y penitenciario, lo que afectará, no sólo a los infractores e internos nacionales sino también a los extranjeros. Prueba de ello ha sido, entre otras medidas, la introducción en el CP del artículo 89, precepto que regula la sustitución del cumplimiento de la pena en un centro penitenciario español por el foráneo infractor, por la expulsión del territorio nacional hacia su país de origen.

Segunda. El artículo 89, desde su introducción hasta la reforma que se llevó a cabo en el 2010, ha mostrado mantener una línea distante de la consecución de la reinserción social de los infractores extranjeros. Así, la segunda reforma que modificó el artículo 89

realizada por la Ley Orgánica 11/2003, fue la que más buscaba potenciar la eficacia de la expulsión penal de extranjeros en todas sus vertientes. En primer lugar, se excluía la posibilidad de que los foráneos infractores pudieran eludir la expulsión a través del acceso a los mecanismos sustitutivos tradicionales contemplados en los artículos 80 (suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad), 87 (suspensión de la pena privativa de libertad en los supuestos de drogadicción y alcoholismo) y 88 (sustitución de las penas privativas de libertad por otras medidas) del CP. En segundo lugar, se establecía la posibilidad de expulsar al extranjero infractor en el caso de que este accediera al tercer grado penitenciario, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, se apreciara que la naturaleza del delito justificaba el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. Esto suponía una desnaturalización del sistema de progresión penitenciaria y una instrumentalización del tercer grado en aras de facilitar no ya la reinserción ni la resocialización del extranjero, sino su expulsión. Finalmente, se imponía automáticamente la expulsión a través de dos modificaciones. Por un lado, se sustituyó la locución “podrán ser sustituidas por su expulsión”, expresión vigente en la versión del artículo 89 del CP de 1995, por “serán sustituidas”, elevándose así la expulsión a la categoría de principio general e imperativo para el juzgador, que debería acordarla en la propia sentencia, con el único límite de que la naturaleza del delito justificara el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español, posibilidad ésta configurada como excepcional. Por otro lado, esta automaticidad no solamente resultó dañada por el cambio producido en la sintaxis de la redacción, sino porque, además, se suprimió el requisito de la audiencia previa al penado antes de acordar la expulsión, al contrario de lo dispuesto en la versión del artículo 89 de 1995 donde la audiencia previa del penado extranjero era un requisito fundamental para poder acordar la misma. Esto significaba que no se podría realizar una evaluación de la expulsión acorde a la consecución de la prevención especial positiva, dado que las circunstancias personales y familiares del penado extranjero nunca se conocerían. De esta forma, al no conocer las circunstancias personales del penado, no podría saberse si la expulsión resultaba preferible al cumplimiento de la pena de prisión para evitar su recaída en el delito, o hasta qué punto la prisión podía reducir las posibilidades de reinserción social del condenado extranjero.

Tercera. Con la tercera reforma llevada a cabo por la LO 5/2010 se consiguió implementar una cierta flexibilización en el artículo 89, aunque siguió manteniendo esa línea distante

de la consecución de la reinserción social que caracterizaba a la reforma del año 2003. Esa flexibilización trajo causa de las siguientes modificaciones: reconocimiento de la posibilidad de que, en caso de que la expulsión no pudiera llevarse a cabo, se pudiera aplicar tanto la suspensión de la ejecución de la condena o la sustitución de la misma en los términos indicados en el artículo 88 CP, recuperación de la audiencia previa del penado como método que permitía garantizar los derechos del mismo, y la erradicación de la obligación de acordar en sentencia la expulsión cuando el penado hubiera sido condenado a una pena superior de seis años, estableciendo la posibilidad de acordarla tras la sentencia.

Cuarta. La reforma operada en el artículo 89 por la LO 1/2015 ha ampliado el ámbito subjetivo de aplicación de dicho precepto. Si bien, la redacción anterior regulaba la posibilidad de expulsar al extranjero que no residía legalmente en España, la regulación actual alude al término “ciudadano extranjero” sin hacer referencia a la legalidad de su situación administrativa o a si el extranjero es comunitario o extracomunitario. A nuestro juicio, esta ampliación del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 89 CP muestra como la nueva reforma se ha inspirado en la idea de potenciar todo lo posible la expulsión de extranjeros vía artículo 89 CP.

Quinta. En consonancia con lo anterior, la nueva versión del artículo 89 CP dispone la expulsión una vez que el extranjero infractor haya cumplido una parte de la pena, o toda ella. Entendemos que esta opción supone una transgresión de las posibilidades de reinserción social que el foráneo pueda presentar. En efecto, fijar al interno una fecha de salida del centro penitenciario tras el cumplimiento de una parte de la pena merma su capacidad para poder disfrutar de ciertas instituciones penitenciarias ligadas a la consecución de su reinserción social, tales como permisos penitenciarios, la posibilidad de progresar en la calificación en grado, así como también dificultades a la hora de aplicarle el correspondiente tratamiento penitenciario de cara a su reinserción social. Asimismo, a través de esta regulación, no se tienen en cuenta los progresos que el interno haya ido realizando a través de su correspondiente programa de tratamiento, ignorándose todo el trabajo realizado al respecto por la Administración penitenciaria. Simplemente se le expulsa sin tener en cuenta su pronóstico de reinserción social.

Sexta. Tras los cambios operados en el artículo 89 CP a la luz de la nueva reforma del 2015, se establece el paso al tercer grado y a la libertad condicional como vías de acceso a una expulsión. A nuestro juicio, con esta regulación se recurre a instituciones de cariz resocializador como el tercer grado o la libertad condicional, herramientas jurídicas que consisten en poner al interno en contacto con la sociedad para que se vaya preparando paulatinamente para su vida en libertad, para llevar a cabo una expulsión y no para el cumplimiento de su legítima función, reinsertar al interno. Con ello se vulnera claramente el mandato constitucional recogido en el artículo 25.2 CE. Dicho de otro modo, se configuran el tercer grado y la libertad condicional como barreras que buscan impedir que el extranjero inicie un proceso de integración social extramuros de la prisión, desplazando a los mismos hacia los márgenes sociales.

Séptima. La nueva modificación del artículo 89 CP regula la posibilidad de expulsar a extranjeros comunitarios. A nuestro juicio, esta modificación es una prueba más del propósito de la última reforma que ha sufrido el citado precepto, esto es, estimular todo lo posible la expulsión de los extranjeros infractores. En efecto, esta reforma no buscaría reinsertar a los foráneos comunitarios, dado que, debido a la nueva redacción de este artículo, se posibilita la expulsión de un ciudadano comunitario que haya cometido un delito grave sin realizar ningún tipo de intervención ni control sobre el mismo para reinsertarlo hacia su país europeo de origen; lo que por otro lado, no impediría que el individuo volviera a España y reincidiera, dada la inexistencia de controles fronterizos entre los Estados de la Unión Europea.

Octava. Al igual que su versión del año 2010, el artículo 89 tras la reforma de la LO 1/2015 continúa normando la posibilidad de utilizar los CIE como herramientas asegurativas de la expulsión. Consideramos que esto podría frustrar las posibilidades de reinserción social que tenga un determinado extranjero que vaya a ser expulsado por exigencia de sus necesidades preventivo-especiales positivas. Ello se explica porque, dado que en el CIE no se establece legalmente la obligación de separar a los internos que se encuentren dentro del mismo por la comisión de delitos y que estén a la espera de ser expulsados, hecho contrario a lo que ocurre en un establecimiento penitenciario, se puede promover de este modo un contagio criminógeno entre los extranjeros que están a la espera de expulsión. Por todo ello, consideramos que las expulsiones se deberían llevar a cabo desde la propia prisión por varias razones. En primer lugar, los CIE no son

establecimientos de carácter penitenciario. En segundo lugar, el tiempo que los extranjeros condenados están en un CIE es un tiempo perdido de cara a su reinserción social, pues evidentemente en dichos centros no se realiza ninguna tarea de prevención especial positiva. Finalmente, si el extranjero no puede ser expulsado, tendrá que reingresar en prisión, convirtiéndose así a los CIE en una prolongación del establecimiento penitenciario.

Novena. El apartado cuarto del nuevo artículo 89 CP establece que antes de dilucidar sobre una expulsión tendrán que estudiarse las circunstancias personales del extranjero y en especial su arraigo. En un primer momento, se podría pensar que esta regulación presenta un matiz positivo para el logro de la reinserción social del extranjero infractor, ya que, al establecerse la obligatoriedad del estudio de estas circunstancias personales antes de resolver sobre la expulsión, podrá adoptarse la decisión más acorde a las necesidades preventivo-especiales positivas del foráneo transgresor. Empero, a nuestro juicio, sólo se trata de un espejismo, ya que, a través de artículo 57.2 LOEx, podría acordarse la expulsión del extranjero que finalmente cumplió su pena en un centro penitenciario español, lo que frustraría claramente las posibilidades de reinserción social que tuviera el mismo al salir del establecimiento penitenciario. En este sentido, el hecho de que por la vía administrativa se prevea la expulsión de penados extranjeros que han cumplido su correspondiente pena de prisión, contamina la respuesta punitiva que se da a estos infractores, haciendo inviable, o incluso innecesaria, la orientación de la ejecución de la prisión a una finalidad rehabilitadora del extranjero infractor, si después de su paso por prisión el mismo va a ser expulsado.

Décima. Respecto al extranjero que se encuentra en situación administrativa irregular y que no pueda ser expulsado, el hecho de haber cumplido una pena de prisión le dejará sumido en una situación de ilegalidad, dado que, al tener antecedentes penales no podrá regularizar su situación. En efecto, el artículo 31.5 LOEx establece que, para autorizar la residencia temporal de un extranjero será requisito necesario que el mismo carezca de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.

Undécima. Existe un engranaje punitivo de cariz penal y administrativo cuya función parece ser la de coartar las posibilidades de reinserción social que pueda tener el extranjero una vez que delinque. Así, en primer lugar, se encuentra el artículo 89, que, desde su introducción en el CP y merced de todas las modificaciones de que ha sido objeto; siendo la última de ellas la realizada por la LO 1/2015, ha sido un precepto centrado en la idea de excluir al extranjero infractor y no en la de reinsertarlo. De este modo, dicho precepto se erigiría en una renuncia a la pena de prisión que correspondería cumplir, abandonándose de esta manera el propósito de cumplir con la finalidad preventivo especial positiva de las penas. En idéntico sentido, se trata de un artículo que pretende expulsar al extranjero infractor hacia su país de origen sin establecer ningún tipo de intervención o control sobre el mismo; dado que, en efecto, no se regula en el artículo 89 CP que el extranjero expulsado deba someterse a ninguna modalidad de tratamiento o institución para su adecuada reintegración en la sociedad, ni en la española, ni en aquella sociedad a la que se le va a expulsar, esto es, la sociedad de su país de origen. En segundo lugar, el artículo 57.2 LOEx abrirá la puerta a la expulsión de extranjeros que ya han cumplido su pena correspondiente en España. Finalmente, en caso de que la expulsión no pudiera ser ejecutada, ni por la vía del artículo 89 ni por la del artículo 57.2 LOEx, el hecho de que el extranjero en situación de residencia irregular haya pasado por prisión, lo incapacitará para regularizar su situación administrativa, situación que podrá empujar al foráneo a recaer en la delincuencia.

Duodécima. Por todas las razones expuestas anteriormente, nos mostramos partidarios de una reforma del artículo 89 CP, que deberá centrarse más en la consecución de la reinserción social de los foráneos infractores que en su mera expulsión. Para ello, será necesario eliminar, primeramente, la expulsión de los extranjeros infractores una vez que hayan accedido al tercer grado o se les haya concedido la libertad condicional, ya que se trata de instituciones legales centradas en preparar al reo para su posterior puesta en libertad y consiguiente reintegración en la sociedad, no para su expulsión. En segundo lugar, se debería anular la posibilidad de expulsar al interno una vez que ha cumplido una gran parte de la pena en el establecimiento penitenciario, puesto que, la expulsión podría tener un impacto negativo para el pronóstico de reinserción social de un individuo al que se está aplicando un tratamiento penitenciario que finalmente no va a terminar. En tercer lugar, la posibilidad de expulsar ciudadanos comunitarios debería ser anulada al no tener demasiado sentido dada la ausencia de fronteras interiores entre los Estados miembros de

la Unión Europea. Por esa regla, un ciudadano comunitario infractor podría ser expulsado a su país de origen comunitario sin que se le aplicara el correspondiente tratamiento penitenciario, pudiendo el mismo reincidir a continuación en España al no haber controles entre las fronteras interiores. Finalmente, sería necesario abrogar el artículo 57.2 LOEx para no frustrar las posibilidades de reinserción social de los extranjeros que ya han cumplido la totalidad de su pena en una prisión española.

CONCLUSIONS

Conscients de l'importance de la réinsertion sociale des délinquants étrangers comme objectif à poursuivre à travers l'imposition de la peine de prison, l'analyse de l'article 89 CP est effectuée dans cette enquête. Il s'agit d'un article qui réglemente l'expulsion d'étrangers qui ont commis un crime comme un substitut de la purge de leur peine de prison dans un établissement pénitentiaire espagnol. Il s'agit d'un précepte qui a été réformé quatre fois, la dernière fois par la LO 1/2015. Dans ce contexte, l'objectif de la présente recherche est de déterminer si, à la suite de cette nouvelle modification, l'article 89 CP se rapproche de l'objectif de la réalisation de la réinsertion sociale des peines ou si, au contraire, il s'en écarte. Ainsi, l'analyse de l'article 57.2LOEx a joué un rôle fondamental dans cette étude, puisqu'elle permet l'expulsion des délinquants étrangers qui ont déjà purgé leur peine de prison en Espagne, remettant en question les possibilités dont ils disposent pour se réinsérer dans la société espagnole. En conclusion, lors de la réalisation de cette recherche, la liste suivante de conclusions a été tirée:

Première. Le système juridique espagnol a accordé une nature juridique indéfinie à la réinsertion sociale, ce qui empêche cette institution d'avoir plus de force et d'importance dans la pratique judiciaire lorsqu'il s'agit de s'opposer à certaines décisions, lois ou actes qui peuvent faire obstacle à cette réinsertion de la peine. De plus, la réinsertion sociale souffre depuis les années 70 d'une perte de crédibilité qui se poursuit aujourd'hui. Ces deux réalités ont entraîné une perte de pertinence de la réinsertion sociale en tant que fin de la peine au sein du système pénal et pénitentiaire, ce qui affectera non seulement les délinquants et les détenus nationaux mais aussi les étrangers. La preuve a été, entre autres mesures, l'introduction dans le CP de l'article 89, un article qui réglemente la substitution de l'exécution de la peine dans un centre pénitentiaire espagnol par le délinquant étranger, par l'expulsion du territoire national vers son pays d'origine.

Deuxième. L'article 89 CP, depuis son introduction jusqu'à la réforme qui a été menée en 2010, a montré que la réinsertion sociale des délinquants étrangers était loin d'être atteinte. Ainsi, la deuxième réforme qui a modifié l'article 89 de la loi organique 11/2003 a été celle qui visait le plus à renforcer l'efficacité de l'expulsion pénale des étrangers sous tous ses aspects. En premier lieu, elle exclut la possibilité pour les délinquants étrangers d'éviter l'expulsion en ayant accès aux mécanismes traditionnels de substitution prévus

aux articles 80 (suspension de l'exécution des peines privatives de liberté), 87 (suspension des peines privatives de liberté en cas de toxicomanie et d'alcoolisme) et 88 (substitution des peines privatives de liberté par d'autres mesures) du CP. Deuxièmement, elle prévoit la possibilité d'expulser le délinquant étranger au cas où il atteindrait le troisième niveau de la prison, à moins que, à titre exceptionnel et pour des raisons justifiées, il est constaté que la nature de l'infraction justifie l'exécution de la peine dans une prison en Espagne. Cela signifiait une distorsion du système pénitentiaire et une instrumentalisation du troisième degré afin de faciliter l'expulsion de l'étranger. Enfin, l'expulsion a été automatiquement imposée par deux modifications. D'une part, l'expression "ils peuvent être remplacés par leur expulsion", expression courante dans la version de l'article 89 du CP de 1995, a été remplacée par "ils seront remplacés", élevant ainsi l'expulsion au rang de principe général et impératif pour le juge, qui devrait en convenir dans la peine elle-même, avec la seule limite que la nature du crime justifie l'exécution de la peine dans un établissement pénitentiaire espagnol, une possibilité qui est configurée comme exceptionnelle. D'autre part, cette automaticité a été affectée non seulement par la modification de la syntaxe du libellé, mais aussi parce que, en outre, l'exigence d'une audition préalable de la personne condamnée avant son expulsion a été abolie, contrairement aux dispositions de l'article 89 de 1995 où l'audition préalable de la personne condamnée étrangère était une condition fondamentale pour décider sur son expulsion. Cela signifie qu'une évaluation de l'expulsion ne pouvait pas être faite en fonction de la réalisation de la prévention positive spéciale, étant donné que la situation personnelle et familiale de la personne condamnée étrangère ne serait jamais connue. Ainsi, en l'absence de connaissance de la situation personnelle de la personne condamnée, il n'est pas possible de savoir si l'expulsion est préférable à l'emprisonnement pour éviter une récidive ou dans quelle mesure l'emprisonnement peut réduire les possibilités de réinsertion sociale de l'étranger condamné.

Troisième. Avec la troisième réforme menée par la LO 5/2010, il a été possible de mettre en œuvre une certaine flexibilisation de l'article 89, tout en continuant à maintenir cette ligne loin d'atteindre la réinsertion sociale qui a caractérisé la réforme de 2003. Cette assouplissement a conduit aux modifications suivantes : la reconnaissance de la possibilité que, dans le cas où l'expulsion ne pourrait pas être exécutée, la suspension de l'exécution de la peine ou sa substitution puisse être appliquée dans les termes indiqués à l'article 88 CP, la récupération de l'audition antérieure du condamné comme méthode

permettant de garantir ses droits et l'élimination de l'obligation d'accepter la condamnation à l'expulsion lorsque celui-ci a été condamné à une peine supérieure à six ans, établissant la possibilité de la convenir après sa condamnation.

Quatrième. La réforme de l'article 89 par la LO 1/2015 a élargi le champ d'application subjectif de ce précepte. Bien que la formulation précédente réglementât la possibilité d'expulser un étranger qui ne résidait pas légalement en Espagne, la réglementation actuelle fait référence au terme "ressortissant étranger" sans faire référence à la légalité de sa situation administrative ou à la qualité de citoyen communautaire ou non communautaire de l'étranger. A notre avis, cette extension du champ d'application subjectif de l'article 89 CP montre comment la nouvelle réforme s'est inspirée de l'idée de promouvoir autant que possible l'expulsion d'étrangers par l'article 89 CP.

Cinquième. Conformément à ce qui précède, la nouvelle version de l'article 89 CP prévoit l'expulsion une fois que l'étranger condamné a purgé tout ou partie de sa peine. Nous comprenons que cette option implique une transgression des possibilités de réinsertion sociale que l'étranger peut présenter. En effet, la fixation d'une date de sortie du pénitencier après avoir purgé une partie de la peine réduit la capacité du détenu à bénéficier de certaines institutions pénitentiaires liées à la réinsertion sociale, telles que les permis pénitentiaires, la possibilité de progresser dans la qualification en degré, ainsi que les difficultés d'application du traitement pénitentiaire correspondant en vue de sa réinsertion sociale. De même, ce règlement ne tient pas compte des progrès réalisés par le détenu dans le cadre du programme de traitement correspondant, ignorant tout le travail accompli à cet égard par l'administration pénitentiaire. En effet, ils sont simplement expulsés sans tenir compte de leur pronostic de réinsertion sociale.

Sixième. À la suite des modifications apportées à l'article 89 CP à la lumière de la nouvelle réforme de 2015, le passage au troisième degré et la libération conditionnelle sont établis comme moyens d'accès à l'expulsion. À notre avis, ce règlement recourt à des institutions de nature resocialisant comme le troisième degré ou la libération conditionnelle, des outils juridiques qui consistent à mettre le détenu en contact avec la société afin qu'il puisse se préparer progressivement à sa vie en liberté, à procéder à une expulsion et non à l'accomplissement de sa fonction légitime, c'est à dire, réinsérer le détenu. Cela viole clairement le mandat constitutionnel contenu dans l'article 25.2 CE.

En d'autres termes, le troisième degré et la libération conditionnelle sont configurés comme des barrières qui cherchent à empêcher l'étranger d'entamer un processus d'intégration sociale en dehors des murs de la prison, en le déplaçant vers les marges sociales.

Septième. La nouvelle modification de l'article 89 CP réglemente la possibilité d'expulser les étrangers communautaires. À notre avis, il s'agit d'une preuve supplémentaire de l'objectif de la dernière réforme qui a fait l'objet du précepte susmentionné, soit d'encourager autant que possible l'expulsion des délinquants étrangers. En effet, cette réforme ne viserait pas à réinsérer les étrangers communautaires, étant donné qu'en raison du nouveau libellé de cet article, l'expulsion d'un citoyen communautaire qui a commis un crime grave sans effectuer aucun type d'intervention ou de contrôle sur lui afin de le réinsérer vers son pays d'origine européen est possible ; ce qui, en revanche, n'empêcherait pas le retour en Espagne de la personne et la récidive, en l'absence de contrôle des frontières entre États de l'Union européenne.

Huitième. Comme dans sa version de 2010, l'article 89, suite à la réforme de la LO 1/2015, continue de réglementer la possibilité d'utiliser les CIE comme outils pour assurer l'expulsion. Nous considérons que cela pourrait frustrer les possibilités de réinsertion sociale qu'un certain étranger qui va être expulsé a en raison de la demande de ses besoins préventifs positifs et spéciaux. Cela s'explique par le fait que, étant donné que dans les CIE il n'y a pas une obligation de séparer les détenus qui se trouvent à l'intérieur pour la commission de crimes et qui sont en attente d'expulsion, ce qui est contraire à ce qui se passe dans un établissement pénitentiaire. Nous considérons qu'il est possible de favoriser ainsi une contagion criminogène parmi les étrangers qui attendent leur expulsion. Pour toutes ces raisons, nous considérons que les expulsions doivent être effectuées de la prison elle-même pour plusieurs raisons. Premièrement, les CIE ne sont pas des prisons. Deuxièmement, le temps que les étrangers condamnés passent dans une CIE est une perte de temps face à la réalisation de sa réinsertion sociale, car il n'y a manifestement pas de travail préventif positif spécial dans ces centres. Enfin, si l'étranger ne peut pas être expulsé, il devra être renvoyé en prison, faisant ainsi du CIE une extension de l'établissement pénitentiaire.

Neuvième. Le quatrième paragraphe du nouvel article 89 CP dispose qu'avant de décider une expulsion, il convient d'examiner la situation personnelle de l'étranger, et en particulier ses racines. A première vue, on pourrait penser que ce règlement présente une nuance positive pour la réalisation de la réinsertion sociale du délinquant étranger, puisque, en établissant le caractère obligatoire de l'étude de ces circonstances personnelles avant de statuer sur l'expulsion, la décision peut être prise davantage en fonction des besoins positifs de prévention-spéciaux du délinquant étranger. Cependant, à notre avis, ce n'est qu'un mirage puisque, par le biais de l'article 57.2 LOEx, l'expulsion de l'étranger qui a finalement purgé sa peine dans un pénitencier espagnol pourrait être décidée, ce qui frustrerait clairement les possibilités de réinsertion sociale qu'il avait quand il a quitté l'établissement pénitentiaire. En ce sens, le fait que la voie administrative prévoit l'expulsion des détenus étrangers qui ont purgé leur peine d'emprisonnement correspondante contamine la réponse punitive qui est donnée à ces délinquants, rendant impossible, voire inutile, l'orientation de l'exécution de la prison vers un but de réhabilitation du délinquant étranger, si après son passage en prison, celui-ci est exclu.

Dixième. Par rapport à un étranger en situation administrative irrégulière et qui ne peut pas être expulsé, le fait qu'il ait purgé une peine de prison le place dans une situation d'illégalité, car, ayant un casier judiciaire, il ne pourra pas régulariser sa situation. En effet, l'article 31.5 de la LOEx dispose que, pour autoriser le séjour temporaire d'un étranger, il est nécessaire que l'étranger n'ait pas de casier judiciaire en Espagne ou dans les pays de résidence antérieurs, pour des infractions existant dans le système juridique espagnol, et qu'il ne figure pas comme un rejet sur le territoire des pays avec lesquels l'Espagne a signé un accord à cet effet.

Onzième. Il existe un attirail punitif de nature pénale et administrative dont la fonction semble être de restreindre les possibilités de réinsertion sociale que l'étranger peut avoir une fois qu'il a commis un crime. Ainsi, tout d'abord, il y a l'article 89 CP qui, depuis son introduction dans le CP et grâce à toutes les modifications auxquelles il a été soumis, dont la dernière est celle de la LO 1/2015, est un précepte centré sur l'idée d'exclure l'étranger qui a commis un crime et non sur celle de le réintégrer. Dans le même sens, il s'agit d'un article qui vise à expulser l'étranger incriminé vers son pays d'origine sans établir aucun type d'intervention ou de contrôle sur lui ; étant donné que, en effet, l'article 89 CP ne règle pas que l'étranger expulsé doit suivre quelque forme de traitement ou d'institution

pour sa bonne réinsertion sociale, ni dans la société espagnole ni dans la société vers laquelle il va être expulsé, à savoir, celle du pays de son origine. Deuxièmement, l'article 57.2 LOEx ouvrira la porte à l'expulsion d'étrangers qui ont déjà purgé leur peine correspondante en Espagne. Enfin, dans le cas où l'expulsion ne pourrait pas être exécutée, ni par le biais de l'article 89 CP ni par le biais de l'article 57.2 LOEx, le fait que l'étranger en situation irrégulière de séjour soit passé par la prison l'empêche de régulariser sa situation administrative, situation qui peut pousser l'étranger à commettre à nouveau une infraction.

Douzième. Pour toutes les raisons exposées ci-dessus, nous sommes favorables à une réforme de l'article 89 CP qui devrait être davantage axée sur la réinsertion sociale des délinquants étrangers que sur leur simple expulsion. Pour ce faire, il sera nécessaire d'éliminer, en premier lieu, l'expulsion des délinquants étrangers une fois qu'ils ont atteint le troisième degré ou qu'ils ont obtenu une libération conditionnelle, puisqu'il s'agit d'institutions juridiques axées sur la préparation de l'accusé à sa libération ultérieure et à sa réinsertion dans la société, et non sur son expulsion. Deuxièmement, la possibilité d'expulser le détenu une fois qu'il a purgé une grande partie de sa peine dans l'établissement pénitentiaire devrait être annulée, car l'expulsion pourrait avoir un impact négatif sur le pronostic de réinsertion sociale d'une personne qui est traitée dans un établissement pénitentiaire. Troisièmement, la possibilité d'expulser des citoyens communautaires devrait être annulée car elle n'a pas beaucoup de sens étant donné l'absence de frontières intérieures entre les États membres de l'Union européenne. En vertu de cette règle, un citoyen de l'UE en infraction pourrait être expulsé vers son pays d'origine sans que le traitement pénitentiaire correspondant ne soit appliqué, et il ou elle pourrait alors récidiver en Espagne puisqu'il n'y a aucun contrôle aux frontières intérieures. Enfin, il faudrait abroger l'article 57.2 LOEx afin de ne pas entraver les possibilités de réinsertion sociale des étrangers qui ont déjà purgé toute leur peine dans une prison espagnole.

BIBLIOGRAFÍA

ABARCA JUNCO, P, OLEA-GARCÍA, B.A, LACRUZ LÓPEZ, J.M, MARTÍN DÉGANO, I y GÓMEZ URRUTIA, M.V., *El extranjero en el Derecho penal español*, Dykinson, 2016

ABEL SOUTO, M., Teorías de la pena y ejecución de la prisión: La Naranja Mecánica, en REVIRIEGO PICÓN, F y DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El cine carcelario*, Tirant lo Blanch, 2015

ALCÁCER, R., Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política, en *ADPCP*, Vol L.I, 1998

ALIVERTI, A., Sentencing in immigration related cases: The impact of deportability and immigration status, en *Prison Service Journal*, nº205, 2013

ALMEIDA HERRERO, C., Pena de prisión y extranjería: Algunas especificidades legislativas, en *Cuaderno de Derecho Penitenciario*, nº16, 2008

- Extranjeros en prisión, en DE CASTRO ANTONIO, JL y SEGOVIA BERNABÉ, JL (dirs.), *El juez de vigilancia penitenciaria y tratamiento penitenciario*, Estudios de Derecho Judicial, nº84, CGPJ, 2005

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, 2001

- Consideraciones sobre la función de la pena en el ordenamiento constitucional español, en CEREZO MIR PUIG, J, SUÁREZ MONTES, RF, BERISTAIN IPIÑA, A, ROMEO CASABONA CM., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, 1999

- *La reeducación y la reinserción social en el momento de la conminación*, en QUINTERO OLIVARES, G, y MORALES PRATS, F., *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra 2001

AMIN KAUFMANN, La misión del Derecho Penal, en MIR PUIG (ed)., *Política criminal y Reforma del Derecho Penal*, 1982

AÑEZ CASTILLO, MA, HANCHEN PEN, P, MANSSUR MORALES, JN, PÁRRAGA MELÉNDEZ, JE., Asistencia laboral penitenciaria y postpenitenciaria. Una propuesta a la reintegración social del recluso, en *Capítulo Criminológico vol 36*, 2008

APRELL LASAGABASTER, C., *Régimen administrativo de los extranjeros en España. Ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados*, Marcial Pons, 1994

ARANDA CARBONEL, M.J., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica*, Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, 2007

ARIAS SENSO, M., Expulsión de extranjeros condenados: Aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004, en *Diario La Ley*, nº6160, 2005.

ARMENDÁRIZ LEÓN, C., Alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad, en ARMENDÁRIZ LEÓN, C, GÓMEZ LANZ, J, BELTRÁN NÚÑEZ, A y OBREGÓN GARCÍA, A., *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, 2005

ASENSI SABATER, J (dir)., *Comentarios a la Ley de Extranjería. Reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre*, Edijus, 2001.

ASÚA BATARRITA, A., 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 LAURENZO COPELLO, P., *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, 2002

AYO FERNÁNDEZ, M., *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias, manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito*, Aranzadi, 2004

BACIGALUPO, E., *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, 1999

BAEZA AVALLONE, V., *La rehabilitación*, Edersa, 1983

BALLESTEROS MARTÍN, J.M., Intervención de la jurisdicción penal en la expulsión del territorio nacional y en el internamiento de extranjeros, en BALLESTEROS MARTÍN, J.M., *Extranjería y cooperación judicial internacional*, CISS, 2010

BÁRAS GONZÁLEZ, M., *El espacio penitenciario europeo*, Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, 2012

BARATTA, A., Cárcel y Estado social. Por un concepto de reintegración social del condenado, en OLIVAS, E., *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, 1991

BARBERO SANTOS, M., *Marginación social y derecho represivo*, Bosch, 1980

BATUECAS, JM., *La expulsión del extranjero en la legislación española*, Editorial Club Universitario, 2009

BENLOLO CARABOT, M., Protection renforcée contre l'éloignement et raisons impérieuses de sécurité publique. Liberté de circulation des citoyens européens (art.16 et 28 de la directive 2004/38/ce), en *La Revue des Droits de l'Homme*, 2011

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Manual de derecho penitenciario*, Cóllex, 2001

BERINSTAIN, A., *Derecho Penal y Criminología*, Temis, 1986

BETEGON, J., *La justificación del castigo*, Centro de Estudios Constitucionales, 1992

BOIX REIG, J., Derechos fundamentales del condenado. Reeduación y reinserción social, en COBO DEL ROSAL, M (dir) y BAJO FERNÁNDEZ, M (coord.), *Comentarios a la legislación penal. Tomo I. Derecho Penal y Constitución*, Edersa, 1982 - Significación jurídico-penal del artículo 25 de la Constitución, en CASABÓ RUÍZ, JR., *Escritos penales*, Colección de Estudios Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, 1979

BONAL, R., La situación social del exrecluso. Problemática de la reinserción, en *III Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Consejería de Andalucía, 1987

BONILLA CORREA, J.A., Tratamiento de los delincuentes extranjeros. Medidas de expulsión, Consideraciones político-criminales, en *Diario La Ley*, nº7445, 2010

BOSWORTH, M, HASSELBERG, I, TURNBULL, S., Punishment, citizenship and identity: An introduction, en *Criminology and Criminal Justice*, nº3, 2016

BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Thomson Reuters, 2016

- La expulsión de residentes de larga duración como consecuencia de condena penal y la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos, en SOLANES CORELLA, A y LA SPINA, E., *Políticas migratorias, asilo y derechos humanos. Un cruce de perspectivas entre la Unión Europea y España*, Tirant lo Blanch, 2014

- *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Fundación Centro de Estudios Constitucionales 1812, 2001

- Perspectivas postpenitenciarias de las personas extranjeras privadas de libertad: entre la expulsión y el arraigo, en ALCALÉ SÁNCHEZ, M y GÓMEZ LÓPEZ, R (coords)., *Derecho Penal, género y nacionalidad*, Comares, 2015

BRANDÁRIZ GARCÍA, J., *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*, Comares, 2011

- Resocialización e inclusión en el tratamiento punitivo de los migrantes, en BERNUZ BENEITEZ, M.J, SUSÍN BELTRÁN, R (coords)., *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*, Marcial Pons, 2010

- Centros de Internamiento de Extranjeros: Motivos para su desaparición, en *Boletín criminológico*, 2017

BRANDÁRIZ GARCÍA, JA y MONCLÚS MASÓ, M., *Políticas y prácticas de control migratorio*, Didot, 2015

BUENO ARÚS, F., Las reformas de las leyes penitenciarias en España a la luz de los fines del derecho, en BAJO FERNÁNDEZ, M, BARREIRO, AJ y SUÁREZ GONZÁLEZ, CJ., *Libro homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, 2005

BURGOS FERNÁNDEZ, F., “Evolución histórica de la legislación penitenciaria en España”, “disponible en www.rodin.uca.es”

BUSTOS RAMÍREZ, J y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal, Volumen I*, Trotta, 1997

BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, PPU, 1987

CABRERA CABRERA, P.J., Cárcel y exclusión, en *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, 2002

CALATAYUD, M., *Estudios sobre extranjería*, Bosch, 1987.

CALVO ROJAS, E., El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares, en ÁVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M., *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2001

CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *La rehabilitación*, Bosch, 1960

CAMPO CABAL, J.M., De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, en CAMPO CABAL, J.M (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, Civitas, 2001

CANCIO MELIÁ, M y MARAVER GÓMEZ, M., El derecho penal ante la inmigración. Un estudio político criminal, en BACIGALUPO, S y CANCIO MELIÁ, M (coords), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, 2005

CANCIO MELIÁ, M., La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal, en *Ilecip.Rev*, nº002-04, 2007

- *La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal, (artículo 89 del Código Penal). Homenaje al Profesor Doctor González Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, 2005

CANO CUENCIA, A., Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión, en GONZÁLEZ CUSSAC, JL., *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015

CARBONELL MATEU, JC., *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, 1999

CARDENAL MONTRAVETA, S., artículo 89, en CORCOY BIDASOLO, M y MIR PUIG, S (dirs)., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, 2011

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, DURÁN AYAGO, A y CARRILLO CARRILLO, B., *Curso de nacionalidad y extranjería*, Cóllez, 2007

CARUSO FONTÁN, M.V y PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., *Principios y garantías del Derecho Penal contemporáneo*, B de F, 2014

CASANOVA AGUILAR, I., Mandato resocializador de las penas privativas de libertad y permisos de salida penitenciarios, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2014

CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, Dykinson, 2008

CEDEÑO HERNÁN, M., *La orden de detención y entrega europea: Los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega*, Thomson Reuters, 2010

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Tecnos, 2007

CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, Tirant Lo Blanch, 2001

CHARRO BAENA, P y DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M., La Ley Orgánica 4/2000: Análisis técnico-jurídico de sus principales novedades, en *Migraciones*, nº7, 2000

CHOCLÁN MONTALVO, JA., *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Cóllex, 1997

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M., *Control judicial de las privaciones de libertad de los extranjeros en situación irregular*, Tirant lo Blanch, 2010

CID MOLINÉ, C., Prevención de delitos y utilitarismos: una confusión censurable (a propósito de “Censurar y castigar”, de A. Von Hirsch), en *Jueces para la democracia*, nº35, 1999

- Derecho a la reinserción social, en *Jueces para la democracia*, Nº32, 1998

CLEMENTE DÍAZ, M y SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, Ministerio de Justicia. Escuela de Estudios Penitenciarios, 1989

CLEMENTE DÍAZ, M., Los efectos psicológicos del encarcelamiento, en JIMÉNEZ BURILLO, F y CLEMENTE, M., *Psicología social y sistema penal. Compilación de Florencio Jiménez Burillo y Miguel Clemente*, Alianza Editorial, 1986

COBO DEL ROSAL, M y QUINTANAR DÍEZ, M., Artículo 25. Garantía penal, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, 1996

COONEY, F., Double punishment: The treatment of foreign national prisoners, en *Prison Service Journal*, nº205, 2013

CORDERO LOZANO, C., *Ejecución penal*, Bosch, 2011

- *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, Bosch, 2011

CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M (dirs)., *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Marcial Pons, 2011

CÓRDOBA RODA, J., La pena y sus fines en la Constitución de 1978, en *Papers: revista de sociología*, nº13, 1980

CORRECHER MIRA, J., Nuevas perspectivas en la ejecución de la pena privativa de libertad, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2014

CRUZ CASTRO, F., *La resocialización como objetivo fundamental de la pena privativa de libertad. Análisis de la legislación costarricense y española*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1984

CUADRADO ZULOAGA, D., La expulsión de extranjeros del territorio nacional, en *La Ley*, nº14, 2008

CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones introductorias. Teorías del delito I*, Civitas, 1996

CUERDA RIEZU, A., *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Atelier, 2011

CUGAT MAURI, M., La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros (art.89), en QUINTERO OLIVARES, G., *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Thomsom Reuters, 2010

CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, Tirant lo Blanch, 2017

DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Ejecución de penas en España, la reinserción social en retirada*, Comares, 2015

- *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, 2010

- Política migratoria y Derecho: Análisis y juicio crítico de una relación perversa, en SANZ MULAS, N., *El Derecho Penal y la nueva sociedad*, Comares, 2007

- Reglamento de los Centros de Internamiento de Extranjeros: Una nueva oportunidad perdida, en *Diario La Ley*, 2014

DE CASTRO SÁNCHEZ, C., El CEDH como límite a las políticas migratorias europeas, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº46, 2013

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L y BLANCO CORDERO, I., El sistema prisional en España, en *Eguzkilo*, nº12, 1998

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización, en *Eguzkilo*, nºextraordinario2, 1989

- La prisión: Historia, crisis y perspectivas de futuro, en BERINSTAIN, I., *Reformas penales en el mundo de hoy*, Instituto de Criminología Madrid, 1984

- La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria, en *Papers d'estudis i formació*, nº12, 1993

- Un deber y Derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario, en BUENO ARÚS, F., GARCÍA VALDÉS, C, y otros, *Lecciones de Derechos Penitenciario*, Europa Artes Gráficas, Salamanca, 1989

DE LA ROSA CORTINA, JM., La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003, en *Diario La Ley*, nº6042, 2004

DE LAMO RUBIO, J., *Penas y medidas de seguridad en el Nuevo Código*, Bosch, 1997

DE LARDIZÁBAL Y URIBE, M., *Discurso sobre las penas: contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, disponible en <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/03/Lardiz%C3%A1bal-Discurso-sobre-las-penas-y-estudio-prelimin.pdf>

DE LEÓN VILLALBA, FJ., Alternativas a las penas privativas de libertad en el CP de 1995, en ARROYO, L, MONTAÑÉS, J y RECHEA, C (coords)., *Estudios de Criminología II*, Colección Estudios, 1999

DE MARCOS MADRUGA, F, y DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, 2015

DE MARCOS MADRUGA, F., Una aproximación al tratamiento penitenciario de los extranjeros en prisión, en *Diario La Ley*, nº7410, 2010

DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, 1989

DE SOLA DUEÑAS, A., Desarrollo democrático y alternativas políticocriminales, en *Papers: Revista de sociología*, nº13, 1980

DELGADO DEL RINCÓN, Algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm extraordinario, 2004

DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1999

DÍAZ MARTÍN, C., Consecuencias jurídicas en la ejecución de las penas en prisión derivadas de la LO 1/2015, en *Revista Aranzadi doctrinal*, nº2, 2016

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M, DURÁN SECO, I, OLAIZOLA NOGALES, I y JERICÓ OJER, L., Extranjería y Derecho Penal: Las últimas reformas, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº12, 2007

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007

DIDIER, R., Les étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme: Une protection limitée et contrastée, en *Revue québécoise de droit international*, nº13-1, 2000

DÍEZ RIPOLLÉS, JL., *Derecho Penal Español Parte General en Esquemas*, Tirant lo Blanch, 2011

- *La política criminal en la encrucijada*, B de F, Madrid

- Sanciones adicionales a delincuentes y exdelincuentes. Contrastes entre Estados Unidos de América y países nórdicos europeos, en *Indret*, nº4, 2014

DOCQUIR, PF., Droit à la vie privé et familiale des ressortissants étrangers: Vers la mise au point d'une protection floue du droit du séjour?, en *Revue trimestrelle des droits de l'homme*, nº60

DORADO MONTERO, P., *El derecho protector de los criminales*, Librería general de Victoriano Suárez, 1915

- *Problemas de Derecho Penal*, Analecta Editorial, 1895

DURÁN MIGLIARDI, M., La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbito de aplicación y discusión sobre su función, en *Revista de Derecho*, Vol XXIX, nº1, 2016

DURÁN SECO, I., Planteamiento de la cuestión y sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº15, 2005

ENCINAR DEL POZO, M.A., "El artículo 89.1 del Código Penal. Un ejemplo del infortunio del legislador". [www. Derecho.com/articulos](http://www.Derecho.com/articulos)

- Extranjeros en prisión: Valoración crítica del artículo 89.1 del Código Penal, en DE CASTRO, A y SEGOVIA BERNABÉ, JL., *El juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, Consejo General del Poder Judicial, 2005

ESCRIVÁ GREGORI, JM., Algunas consideraciones sobre Derecho Penal y Constitución, en *Papers: Revista de sociología*, nº13, 1980

ESPLUGUES MOTA, C, DE LORENZO SEGRELLES, M y PALAO MORENO, G., *Nacionalidad y extranjería*, Tirant lo Blanch, 2006

EVELINA RIESTEVA, O., Free movement of EU citizens: Limitations on grounds of public policy, public security and public health, en *Challenges of the Knowledge Society Law*, vol1, 2001

FALCÓN Y TELLA, MJ y FALCÓN Y TELLA, F., Fundamento y finalidad de la sanción: ¿Un derecho a castigar?, Marcial Pons, 2005

FALLADA GARCÍA VALLE, J., Algunos límites a los derechos de los inmigrantes: detención y expulsión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº20, 2010

FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Iustel, 2014

- *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, B de F, 2014,

FERNÁNDEZ BERMEJO, D., El fin constitucional de la reeducación y de la reinserción social, ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?, en *ADPCP*, LXVII, 2014

FERNÁNDEZ FEIJÓO, E.C., *Disfunciones en los dispositivos de control de la migración irregular*, Editorial Académica Española, 2011

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., Las regulaciones de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías, en *Diario La Ley*, nº8382, 2014

FERNÁNDEZ, D., MEDINA, O., El beneficio penitenciario del adelantamiento de la libertad condicional en España. Análisis histórico-evolutivo de la institución, en *Revista Criminalidad*, nº58

FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Trotta, 2000

FERRER GUTIÉRREZ, A., *Manual práctico sobre ejecución penal y Derecho Penitenciario, Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant lo Blanch, 2011

FERRER PUIG, M y CAPDEVILA CAPDEVILA, M., *Extranjeros en centros penitenciarios: justicia y sociedad*, Centre d'Etudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2012

FLETCHER, GP., *Conceptos básicos de Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, 1997

FLORES MENDOZA, F., La expulsión del extranjero en el Código Penal español, en *Anales de la Facultad de Derecho*, nº18, 2001

- La expulsión del extranjero en el Código Penal español, en *Anales de la Facultad de Derecho*, nº18

FUENTES, L., Sistema de clasificación penitenciaria y el período de seguridad del artículo 36.2 del Código Penal, en *Indret*, nº1, 2010

FUERTES LÓPEZ, J., La condena penal como causa de expulsión de los extranjeros (El artículo 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería), en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº8, 2018.

GARCÍA ARÁN, M y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte General. 9ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, Tirant lo Blanch, 2015

GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, 1997

- *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*, Ediciones de la Universitat de Barcelona, 1982

GARCÍA COSO, E., *La regulación de la inmigración irregular. Derechos Humanos y el Control de Fronteras en la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014

GARCÍA DE PAZ, I., Artículo 89, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2010

GARCÍA ESPAÑA, E., El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión, en *Migraciones*, nº44, 2018

- Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: un mosaico de exclusión, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº19-15, 2017

- *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, Tirant lo Blanch, 2001

- La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015, ¿de la discriminación a la reinserción?, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº18-07, 2016

GARCÍA ESTEBAN, MD., Expulsión de extranjeros en el Código Penal, en *Revista Penal*, nº35, 2015

GARCÍA GIL, F.J., Extranjería, en GARCÍA GIL, F.J., *La medida cautelar de suspensión de la ejecución de actos y disposiciones en el proceso administrativo*, La Ley, 2010

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Tirant lo Blanch, 1996

- *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Universitaria Ramón Aceres, 2005

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo 32, 1979

- *Derecho Penal. Introducción*, servicio de publicaciones de la facultad de derecho. Universidad complutense de Madrid, 1995

- *Estudios penales*, Bosch, 1984

- *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, 2014

GARCÍA SAN MARTÍN, J., *Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad. Adaptado a las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, Dykinson, 2015

GARCÍA VALDÉS, C., *Apuntes históricos del Derecho Penitenciario Español, Discurso pronunciado en la solemne apertura del curso académico 2014-2015, el 5 de septiembre de 2014, en el paraninfo de la Universidad de Alcalá*, Edisofer, 2014

- *Teoría de la pena*, Tecnos, 1985

GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, 2007

GARLAND, D., *La cultura del control*, Gedisa, 2001

GARRIDO GUZMÁN, L., *Compendio de ciencia penitenciaria*, Colección de Estudios. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, 1976

GINER DE ALEGRÍA, CA., *Tratamiento Penitenciario*, en NICOLÁS GUARDIOLA, JJ., *Prevención, predicción y tratamiento. Condenados a penas privativas de libertad*, Diego Martín, 2011

GINER DE LOS RÍOS, F., *Resumen de Filosofía del Derecho*, Espasa-Calpe, S.A, 1926

GISBERT CASAMPERE, R., *Estudios sobre Derecho de Extranjería. La estancia irregular, expulsión versus sanción económica*, en *Actualidad Administrativa*, nº8, 2007

GOFFMAN, E., *Internados, Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu editores, 1994

GÓMEZ BENÍTEZ, JM., *Estudios penales*, Cólex, 2001

GÓMEZ DE LA TORRE, IB y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Manual de Derecho Penitenciario*, Cólex, 2001

GONZÁLEZ CANO, MI., *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Tirant monografías, 1994

GONZÁLEZ COLLANTES, T., Auge y crisis de la resocialización. Crisis y auge de la pena de prisión, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº115, 2015

- *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la Constitución*, Tirant lo Blanch, 2017

- La posición a asignar a la resocialización en el marco de la teoría de la pena a partir de la declaración contenida en las Constituciones de Italia y España, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol XXXVII, 2016

GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol36, 2016

GRACIA MARTÍN, L (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español*, Tirant lo Blanch, 1996

GRAMMATICA, F., *Principios de Derecho Penal subjetivo*, Instituto Editorial Reus, 1941

GUISASOLA LERMA, C., Consideraciones político-criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº1137-7550, 2010

- La reforma del Código Penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de penas privativas de libertad (art.89Cp), en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ y GONZÁLEZ CUSSAC, JL (dirs), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, 2010

- Reformas penales y tendencias político-criminales en materia de inmigración, en *La Ley Penal*, nº67, 2010

GÜNTHER, J., *El derecho penal como disciplina científica*, Cuadernos Civitas, 2008

HADDAD, J., *Derecho Penitenciario*, Ciudad Argentina, 1999.

HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, 1981
- *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, Tirant lo Blanch, 2016
- Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social, en MIR PUIG, S., *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1982

HASSEMER, W y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, 1989
- *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, Tirant lo Blanch, 2012

HERNANDO GALÁN, MB., *Los extranjeros en el Derecho Penitenciario español*, Cóllex, 1997

HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, Trotta, 1998

HREBLAY, V., *La libre circulation des personnes. Les accords de Schengen*, Puf, 1994

IGLESIAS RÍO, MA., Expulsión penal de extranjeros en el proyecto de reforma penal de 2013 y necesidades preventivas de pena en el contexto de la normativa de la Unión Europea, en MAQUEDA ABREU, M^oL, MARTÍN LORENZO, M y VENTURA PÜSCHEL, A (coords)., *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2016
- La expulsión de extranjeros, en QUINTEROS OLIVARES, G., *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 2015

IGLESIAS SKULJ, A., Otras medidas alternativas a la privación de libertad, en FARALDO CABANA, P y PUENTE ABA, L., *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant lo Blanch, 2013

JAÉN VALLEJO, M., Las reformas del Código Penal 2002/2003, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004

JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, 1995

- *La pena estatal: Significado y finalidad*, Thomson Civitas, 2006

JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares, 2000

JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, 2013

JUANES PECES, A., *Código Penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, El Derecho, 2014

KARAGIANNIS, S., Expulsion d'étrangers et Convention européenne des droits de l'homme. Le risque de mauvais traitements dans l'Etat de destination, en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2010

KAUFMANN, H., *Ejecución penal y terapia social*, Depalma, Buenos Aires, 1979

KESSEDJIAN, C., Public order in European Law, en *Erasmus Law Review*, nº1, 2007

KLAUSSER, N., Malades étrangers: La CEDH se réconcilie (presque) avec elle-même et L'Humanité, en *La Revue des Droits de L'homme*, 2013

LAFONT NICUESA, L., La sustitución judicial de las penas y medidas de seguridad por la expulsión, en LAFONT NICUESA (coord.), *Extranjería. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 2008

- LAFONT NICUESA, L., Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal, en *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*, nº10, 2005

LAMARCA PÉREZ, C., Régimen penitenciario y derechos fundamentales, en *Estudios penales y criminológicos*, nº16, 1992

LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, 1991

LARRAURI PIJOÁN, E., Criminología crítica: abolicionismo y garantismo, en SOTOMAYOR ACOSTA, A (coord.), *Garantismo y Derecho Penal*, Temis, 2006

LARRAURI, E., Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes, en *Indret*, nº2, 2016.

- Las paradojas del movimiento descarceratorio en Estados Unidos, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 40, 1987

LASCURAÍN SÁNCHEZ, JA., De la sustitución de las penas privativas de libertad, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G (dir) y BARREIRO, AJ (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, 1997

LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión: Nuevo régimen jurídico*, Dykinson, 2009

- La expulsión de los penados extranjeros, en *La Ley Penal*, nº91, 2012

- *La prisión abierta: Nuevo régimen jurídico*, Edisófer, 2013

- La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015, en *Diario La Ley*, nº8579, 2015.

LESCH, HH., *La función de la pena*, Dykinson, 1999,

LLOBET, M., La ficticia realidad modificada por la ley de cumplimiento íntegro de las penas y sus perversas consecuencias, en *Indret*, nº1

LÓPEZ MELERO, M., Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador. La reeducación y la reinserción social de los reclusos, en *ADPCP*, 2012

- El artículo 25.2 de la CE como pauta de interpretación de los derechos fundamentales de los internos, en *Revista de Estudios Penitenciarios. In memoriam del profesor Francisco Bueno Arús*, nº extra, 2013

LUZÓN PEÑA, DM., *Medición de la pena y substitutivos penales*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1979

MAGRO SERVET, V., La expulsión automática de los inmigrantes en la sentencia penal en el art.89.1CP, en *La Ley Penal*, nº14, 2005

MANZANARES SAMANIEGO, J., *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Comares, 2008

- La crisis del sistema penitenciario español de individualización científica, en *Diario La Ley*, nº8568, 2015

MANZANARES SAMANIEGO, JL., *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Comentarios y jurisprudencia)*, Comares, 2010

- Comentarios a la reforma de la Parte General del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica. De la suspensión, de la sustitución y de la libertad condicional, en *Diario La Ley*, nº7991, 2012

- *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Comares, 2008

MANZANO BILBAO, C., Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras, en I. RIVERA, *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1994

-El sistema de dominación carcelario y sus efectos desocializadores, en OÑATI PROCEEDINGS, *Sociology of Penal Control Within the Framework of the Sociology of Law*, The Oñati International Institute For The Sociology Of Law, 1991

MAPELLI CAFFARENA, B y GONZÁLEZ CANO, M.I., *El traslado de personas condenadas entre países*, Mc Graw Hill, 2001

MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson, 2011.

- *Principios Fundamentales del sistema penitenciario*, Bosch, Barcelona, 1983

MARÍN LAMA, C, SÁNCHEZ ICART, J y MIRÓ Y MORROS, D., *Novedades laborales 2010*, Planificación jurídica, 2010

MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: Una revaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº49, 2014

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Cóllex, 2002

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., Inmigración, derechos humanos y política criminal, ¿hasta dónde estamos dispuestos a llegar?, en *Indret*, nº3, 2009

- *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Atelier, 2007.

- Expulsión e internamiento de extranjeros, ¿Quiénes están en los CIE?, en REIG FABADO, I (dir.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2014.

MARTÍNEZ PARDO, V., La expulsión de los extranjeros como sustitutiva de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad, en *Revista del Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències penals de la UV*, 2012

MASSÓ GARROTE, F., *Nuevo régimen de extranjería. Comentarios, procedimientos, formularios y modelos de la LO 4/2000, de Extranjería, tras la reforma de la LO 8/2000*, La Ley, 2001

MATA Y MARTÍN, R M., *Fundamentos del sistema penitenciario*, Tecnos, 2016

- Ámbitos de la ejecución penitenciaria afectados por la reforma del Código Penal. A propósito de la LO 1/2015, en *Diario La Ley*, nº8713, 2016

MATELLANES RODRÍGUEZ, N., Los fines de la pena, en DÍAZ SANTOS, R.S y CAPARRÓS, E, A., *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, 1995

MAYOR, P., Artículo 25.2, en JIMÉNEZ-BLANCO (coord.), *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, 1993

MAYORDOMO RODRIGO, V., *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*, Iustel, 2008.

MAZA MARTÍN, J.M., El tratamiento del delincuente extranjero en el Derecho Penal Español, en BALADO RUÍZ GALLEGOS, M., *Inmigración, Estado y Derecho*, Bosch, 2008.

MEDINA ARIZA, J., *Políticas y estrategias de Prevención del delito y Seguridad ciudadana*, B de F, 2013

MIR PUIG, C., *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Atelier, 2015

- *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Bosch, 1986

MIR PUIG, S., Alternativas a la pena de prisión en el nuevo Código Penal, en ASÚA BATARRITA, A(ed)., *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1998

- *Derecho Penal Parte General*, Reppertor, 2010

- *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel Derecho, 1994

- *Estado, Pena y Derecho*, B de F, 2006

- *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Bosch, 1982

- Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 39, 1986

- *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, 1976

MIR PUIG, S., et al., *Política criminal y reforma del Derecho Penal*, Temis, 1982

MONCLÚS MASÓ, M., Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: La consolidación de la expulsión como sanción penal especial, en RIVERA BEIRAS (coord)., *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas realidades punitivas*, Anthropos, 2005

- *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, Colección Tesis Doctoral, 2005

MONTERO HERNANZ, T., *Legislación penitenciaria comentada y concordada*, La Ley, 2012

MONTERO PÉREZ DE TUDELA, E., Las medidas repatriativas en el ámbito penitenciario: especial mención al traslado de personas condenadas a la luz de las nuevas reformas legislativas, en *La Ley Penal*, nº115, 2015

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes (I), libro XII, capítulo cuarto*, Orbis, 1984

MORRIS, N., *El futuro de las prisiones*, Siglo XXI Editores, 1985

MOYA ESCUDERO, M (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, Comares, 2001

- La seguridad y el control: Fundamento de las desigualdades en Europa, en REIG FABADO, I., *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2014

MOYA MALAPEIRA, ¿Luchar contra los flujos migratorios o canalizarlos? Evolución del régimen de entrada, residencia, trabajo y salida de extranjeros en el actual modelo de gestión migratoria, en *Revista catalana de dret públic*, nº40, 2010

MUÑAGORRI, I., *Sanción penal y política criminal*, Reus S.A, 1977

MUÑOZ AUNIÓN, A., *Política migratoria de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2008

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985

- *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, 1975

- La herencia de Fran Von Liszt, en *Revista penal México*, nº2, 2011

- *La resocialización del delincuente: análisis y críticas de un mito, Libro homenaje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982

MUÑOZ LORENTE, J., La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº extraordinario 2, 2004

MUÑOZ RUÍZ, J., La expulsión penal, nuevas tendencias legislativas, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº16-05, 2014

- Presente y futuro de la cancelación de los antecedentes delictivos, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº112, 2014

NAVARRO CARDOSO, F., Expulsión “penal” de extranjeros: Una simbiosis de Derecho Penal “simbólico” y Derecho Penal del “enemigo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología 2º Época*, nº17, 2006

NIETO GARCÍA, AJ., El acceso al tercer grado penitenciario: ¿Teleológico o real?, en *Diario La Ley*, nº7737, 2011

NIETO MARTÍN, F., Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar, en *Jueces para la democracia*, nº41, 2001

NISTAL BURÓN, J., El alcance en materia de expulsión judicial de la proyectada reforma del CP, en *Diario La Ley*, nº8207, 2013

- Los fines de la política criminal y su vinculación con la política de extranjería en la reforma proyectada del Código Penal. Su incidencia en el ámbito penitenciario, en *Diario La Ley*, nº8143, 2013

OCHOA ROMERO, A., *La justificación de la pena*, Editorial Porrúa México, 2010

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones, 1981

OLESTI RAYO, A., El espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados Miembros de la Unión Europea, en *REAF*, Nº15, 2012

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., Control judicial: La expulsión, en *Diario La Ley*, nº6403, 2006

ORTEGA GIMÉNEZ, A., España: El nuevo régimen de entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos comunitarios y “asimilados”, en *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº13, 2012

ORTEGA MARTÍN, E., *Manual práctico de Derecho de Extranjería. Adaptado a la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, modificadora de la Ley de Extranjería, y a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo*, La Ley, 2010

ORTÍZ GONZÁLEZ, AL., Prisión, extranjería, reeducación y reinserción: realidades difíciles de hacer compatibles, en *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº16, 2008.

PÁEZ MÉNDEZ, M., La expulsión de ciudadanos de la Unión Europea como medida que limita su derecho a la libertad de circulación y residencia, en *Seguridad y Ciudadanía: Revista del Ministerio del Interior*, nº2, 2009

PALOMAR OLMEDA, A., Apuntes sobre el desarrollo legal postconstitucional de la regulación de extranjeros en España, en PALOMAR OLMEDA, A (coord.), *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Thomson Aranzadi, 2006

PAVARINI, M., Concentración y difusión de lo penitenciario. La tesis de Rusche y Kirchheimer y la nueva estrategia del control social en Italia, traducido por I. Muñagorri, *CPC*, Nº7, 1979

- *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Siglo XXI, México, 1999

PAZ RUBIO, JM., Expulsión de extranjeros, en MARTÍN PALLÍN (dir.), *Extranjeros y derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial, 2004

- Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional. Análisis del STS 2º. De 8 de julio de 2004, en *La Ley Penal*, nº10, 2004

PEÑA PÉREZ, A., Arraigo, circunstancias excepcionales y razones humanitarias: evolución histórica dentro del Derecho de Extranjería, en *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*, nº30, 2012

PEÑARANDA RAMOS, E., Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Teoría de sistemas y Derecho Penal*, Comares, 2005

PEÑAS ROLDÁN, L., Resocialización, un problema de todos, en *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, nº14, 1996

PÉREZ ALONSO, A., El arraigo de los extranjeros irregulares como mecanismo de integración social, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº5, 2010

PÉREZ CEPEDA, A., Justificación y claves político-criminales del Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013, en PÉREZ CEPEDA, A (dir) y GORJÓN BARRANCO, M (coord.), *El proyecto de reforma del Código Penal de 2013 a debate*, Ratio Legis, 2014

PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1986

PÉREZ TOLENTINO, J.A., La inocuización como prevención especial negativa, en *Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada*, Vol VIII, 2012

PERIS RIERA, J.M., El nuevo modelo omnicompreensivo de suspensión de la ejecución de la pena, en MORILLAS CUEVA, L., *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, Dykinson, 2016

PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N., Jurisdicción penal y medidas repatriativas de extranjería, en *Diario La Ley*, nº8984, 2017

PLEITE GUADAMILLAS, F., Régimen de las expulsiones del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, en *Actualidad administrativa*, nº9, 2017

POELEMANS DE LARA, M., La libertad de desplazamiento de los extranjeros comunitarios en el espacio Schengen, en GOIZUETA VÉRTIZ, J, GONZÁLEZ MURUA, A.R y PARIENTE DE PRADA, I(dirs), *El espacio de libertad, seguridad y justicia: Schengen y Protección de Datos*, Thomson Reuters, 2013

POLAINO NAVARRETE, M (comp)., *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, 1987

PRAT WESTERLINDH, C., *Alternativas a la prisión: comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, 2004

PRATS CANUT, M y TAMARIT SUMALLA, J., De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, en QUINTERO OLIVARES, G y MORALES PRATS, F (dirs)., *Comentarios al Código Penal. Tomo I. Parte General*, Thomson Aranzadi, 2008

PUENTE ABA, L.M (dir), ZAPICO BARBEITO, M y RODRÍGUEZ MORO (coords)., *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, 2008

PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, 2009

QUES MENA, L., El arraigo social, económico y familiar en el Derecho de Extranjería. Tratamiento legal y jurisprudencial, en *Diario La Ley*, nº7067, 2008

QUICIOS MOLINA, M.S., Los límites de la expulsión administrativa de extranjeros con hijos menores de edad españoles por aplicación del artículo 57.2 de la Ley 4/2000, de 11 de enero. El caso de la STC 186/2013, de 4 de noviembre, en *Derecho Privado y Constitución*, nº28, 2014

QUINTERO OLIVARES G., JARIA I MANZANO, J y PIGRAU SOLÉ, A., Aspectos generales, en QUINTERO OLIVARES, G y JARIA I MANZANO, J., *Derecho Penal Constitucional*, Tirant lo Blanch, 2001

QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Cedecs, 1996

- *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Gráficas Signo, 1986

- La reinserción y el marco constitucional del sistema penal, en MORENO CATENA, V., *Constitución y Derecho Público*, Tirant lo Blanch, 1995

RANIERI, S., *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte General*, 1975

RECIO JUÁREZ, M., Claves de la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal, en *Diario La Ley*, nº8602, 2015

- *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, Dykinson, 2016

REVIRIEGO PICÓN, F., La orientación de las penas privativas de libertad, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, 2006

REY HUIDOBRO, L.F., Tratamiento y asistencia social penitenciaria, en *Eguzkilore*, número extraordinario, 1988

RIOS MARTÍN, JC y CABRERA CABRERA, PJ., *Mil voces presas*, Comillas, 1998

RÍOS MARTÍN, JC., Las alternativas a la prisión, en ECHAVARRI GARCÍA, MA (dir.), *Las penas y las medidas de seguridad*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2007

RÍOS, J, SANTOS, E y ALMEIDA, C., *Manual para la defensa de los derechos humanos de las personas extranjeras encerradas en los Centros de Internamiento*, Gakoa, 2014

RIVERA GONZÁLEZ, G., Tratamiento penitenciario individualizado en las penas privativas de libertad de larga duración, en DE LEÓN VILLALBA, FJ (dir) y LÓPEZ LORCA, B (coord.), *Penas de prisión de larga duración*, Tirant lo Blanch, 2017

RODRÍGUEZ ALONSO, A y RODRÍGUEZ AVILÉS, JA., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Comares, 2011

RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de derecho penitenciario*, Comares, 2003

RODRÍGUEZ CANDELA, JL., La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal, en *Jueces para la democracia*, nº33, 1998

RODRÍGUEZ DEVESA, J.Mº., y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español Parte General*, Dykinson, 1995

RODRÍGUEZ MESA, M.J., La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica, en RODRÍGUEZ MESA, M.J y RUIZ RODRÍGUEZ, L.R (coords)., *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, 2006.

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., Fórmulas para la resocialización del delincuente en la legislación y el sistema penitenciario españoles, disponible en <https://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/arod.pdf>

RODRÍGUEZ YAGÜE, C., El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº14-07, 2012

ROIG TORRES, M., La expulsión de los extranjeros en el proyecto de reforma del Código Penal. Análisis desde la perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Unas notas sobre el Derecho Británico, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2014

ROJAS, RM., *Las contradicciones del Derecho Penal*, Adhoc, 2000

ROLDÁN, H., El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España, en *Revista Criminológica de Ciencia Penal y Criminología*, nº12

ROMA VALDÉS, A., La sustitución de penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros, *Actualidad penal*, nº 45, 1999.

ROXIN, C, ARZT, G y TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Ariel Derecho, 1989

ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Res, 1981

- *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, 1997

- *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Ariel Derecho, 1989

- *Problemas básicos del Derecho Penal*, Reus S.A., 1976

RUBIO LARA, PA., *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, 2017

RUILOBA ALVARIÑO, J., *El Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987. Su aplicación en España*, Universidad Rey Juan Carlos, 2005

RUIZ GALLEGOS, M., *Inmigración, Estado y Derecho*, Bosch, 2008

RUIZ VADILLO, E., La sociedad y el mundo penitenciario, en *Eguzkilore*, nº4, 1990

SAÍNZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Bosch, 1990

SALAT, M., Análisis del instituto de la libertad condicional en la reforma del Código Penal de 2015, en *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº19

SALVADOR CONCEPCIÓN, R., El inmigrante ante la sanción penal, en *Revista de Derecho. Uned*, nº14, 2014

- La expulsión del extranjero como castigo penal, en *Revista Internacional de estudios migratorios*, nº006, 2012

- Problemas que presenta la expulsión del extranjero como medida sustitutiva a su condena penal, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº28, 2012

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, A., Inmigrantes cumpliendo condena: un recorrido real por un tratamiento inventado, en *Diario La Ley*, nº7616, 2011

- Inmigrantes cumpliendo condena: un recorrido real por un tratamiento inventado, en *Diario La Ley*, nº7616, 2011

SÁNCHEZ LÁZARO, FG., *Una teoría principialista de la pena*, op cit, p.95;

QUINTERO OLIVARES, G., El criminalista ante la Constitución, en *20 años de ordenamiento constitucional. Homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Aranzadi, 1999

SÁNCHEZ RIBAS, J., Expulsión de extranjeros por vía penal, en *Aranzadi Digital*, nº1/2015, 2015

SÁNCHEZ TOMÁS, J., Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular: marco comunitario e internacional, en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, I+D+I Iusmigrante, 2015

SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch, 2004

- *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch, 2004

SANZ MORÁN, A.J., Las teorías penales hoy, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M y GARCÍA AMADO, J.A (ed)., *Estudios de filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, 2006

SANZ MULAS, N., La pena privativa de libertad y sus alternativas, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo VI. Derecho Penitenciario*, Iustel, 2010

SCHÜNEMANN, B., Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva, en SILVA SÁNCHEZ, J.M (ed)., *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Bosch, 1997

SEGOVIANO REVILLA, L., *La vida familiar de los extranjeros: el Derecho y la Integración*. Tesis Doctoral dirigida por Dña BRIONES MARTÍNEZ, IM., 2014

SERRANO ALBERCA, JM., El artículo 25.2, en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 2001

- Título primero. De los derechos y deberes fundamentales, en GARRIDO FALLA, F (dir), Civitas, 1980

SERRANO BUTRAGUEÑO, I., De las penas, en DEL MORAL GARCÍA, A y SERRANO BUTRAGUEÑO, I (coords)., *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Comares, 2002

SERRANO GÓMEZ, A y SERRANO MAÍLLO, MI., *El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social*, Dykinson, 2002

SERRANO GÓMEZ, A., Temas de Derecho Penal en la nueva Constitución, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TR., *Lecturas sobre la Constitución Española*, Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1978

SERRANO VILLAMANTA, J.F., La residencia por circunstancias excepcionales. El arraigo, en BALADO RUIZ-GALLEGOS, M., *Inmigración, Estado y Derecho*, Bosch, 2008.

SERRANO-PIEDecasAS, JR., La resocialización, en FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *La cárcel, una institución a debate*, Ratio Legis Ediciones, 2014

SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, B de F, 2010
-El retorno de la inocuidad. El caso de las reacciones jurídicas penales frente a los delincuentes sexuales violentos, en ARROYO ZAPATERO, LA y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Homaneja al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam. Volumen I*, Ediciones Universidad Salamanca, 2001

SOLAR CALVO, P., La transmisión de resoluciones de libertad condicional en países de la UE. A propósito de los autos del JVP nº3 de Madrid de 28 de noviembre de 2016 y 30 de diciembre de 2016, en *Diario la Ley*, nº8940, 2017

SORIANO-MIRAS, R.M., Análisis sociológico de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Sus reformas (8/2000, 11/2003, 14/2003, 2/2009) y su implicación social, en *Papers. Revista de Sociología*, nº3, 2011

SOUTO, MA., *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, Dílex, 1890

STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible*, Edersa, 1982

TÉLLEZ AGUILERA, A., *Derecho Penal Parte General (Adaptado a las reformas del Código Penal de 2015). Un estudio crítico desde la práctica judicial*, Edisófer, 2015

- *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones*, Edisófer, 1998

- *Nuevas pena y medidas alternativas a la prisión*, Edisófer, 2005

- *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Edisófer, 1998

TERRADILLOS BASOCO, J, M y BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión del extranjero: Art. 88 CP*, en ÁLVAREZ GARCÍA, F,J (dir) y GÓMEZ ALLER, J,D (coord.), *Estudios crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, 2013

TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Las políticas penales europeas de inmigración*, en PUENTE ABA, L.M(dir), ZAPICO BARBEITO, M y RODRÍGUEZ MORO, L(coord.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, 2008

- *Política penal europea de inmigración*, en MUÑOZ CONDE, F (coord.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, 2008

- *Reflexiones y propuestas sobre inmigración*, en *Indret. Revista para el análisis del derecho*, nº1, 2010

TOMÉ GARCÍA, J., *Intervención del Juez Penal en la expulsión de extranjeros*, Cóllex, 2006

- *Sustitución de las penas privativas de libertad impuestas al extranjero por su expulsión (art.89 CP)*, en GASCÓN INCHAUSTI (coord.), *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal*, Thomson Reuters, 2011

TORRES FERNÁNDEZ, ME., *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, La Ley, 2012

- *La expulsión de extranjeros condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años. Comentario de la STS de 8 de julio de 2004 a propósito de la reforma operada por la LO 11/2003*, en *Revista del Poder Judicial*, nº76, 2004

TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., El arraigo y los modelos actuales jurídico-políticos de inmigración y extranjería, en *Migraciones*, nº36, 2014

TURNBULL, S y HASSELBERG, I., From prison to detention: the carceral trajectories of foreign national prisoners in United Kingdom, en *Punishment and Society*, nº19, 2016

ÚBEDA DE LOS COBOS, JJ., La modificación del régimen de expulsión de extranjeros como sustitutivo de la pena de prisión en la reforma del Código Penal, en *Diario La Ley*, nº6577

URÍAS MARTÍNEZ, J., El valor constitucional del mandato de resocialización, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº63, 2001

VÁZQUEZ, M., Imputación fundada en la prevención especial positiva: ¿Criterio funcional a la selectividad del sistema penal?, en AMBOS, K, MALARINO, E y R.

PASTOR., *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho Penal y Procesal Penal*, Hammurabi, 2017

VELASCO RETAMOSA, J.M., Libre circulación de personas en la Unión Europea: Los nacionales de terceros Estados como beneficiarios de esta libertad, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº22, 2013

VIDAL FUEYO, C., La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional, en *Revista española de derecho constitucional*, nº62, 2001

VILLACAMPA ESTIARTE, C., Las alternativas a la prisión en la reforma de 2015, en LANDA GOROSTIZA, J.M (dir), GARRO CARRERA, E y ORTUBA Y FUENTES, M (coords)., *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma de 2015*, Dykinson, 2016

VILLAR FUENTES, M.I., Motivos graves de orden público, una excepción a la protección reforzada contra la expulsión de ciudadanos comunitarios con diez años de residencia en el Estado de acogida, en *Revista Internacional Doctrina y Jurisprudencia*, nº4, 2013

VON LISZT, F., *La Idea de fin en el Derecho Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 1994

WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 1970
- *Derecho Penal. Parte General*, Roque Depalma Editor, 1956.

YÁÑEZ VELASCO, R., *Extranjero y proceso penal: controversias sobre la expulsión del territorio nacional*, Reus, 2015

ZAPICO BARBEITO, M., ¿Un Derecho Fundamental a la reinserción social?, reflexiones acerca del artículo 25.2 de la Constitución Española, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2009

ZUGALDÍA ESPINAR, JM., *Fundamentos de Derecho Penal. Teorías de la pena y de la ley penal*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1991

ZYSMAN QUIRÓS, D., *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, Didot, 2012

APÉNDICE LEGISLATIVO

Constitución Española de 1812

Constitución Federal de la Primera República de 1873

Constitución Española de 1978

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España

Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

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

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario

Ley de Enjuiciamiento Criminal

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

Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadanos, violencia doméstica e integración social de los extranjeros

Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre del Código Penal

Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros

Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011

Circular de la Fiscalía General del Estado 7/2015

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica a Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario

Convenio del Consejo de Europa de 30 de noviembre de 1964, relativo a la vigilancia de las personas con condenas en suspenso o en libertad condicional

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Tratado de la Unión Europea

Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004

Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 del Consejo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países

Instrucción 18/2005, relativa a las normas generales sobre internos extranjeros

Directiva 2003/119/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH de 16 de abril de 2013, Caso *Udeh contra Suiza*, párrafo 44

STEDH de 13 de diciembre de 2012, Caso *Souza Ribeiro v. Francia*, párrafo 77

STEDH de 23 de junio de 2008, Caso *Maslov v. Austria*, párrafo 68

STEDH de 28 de mayo de 1985, Caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido*, párrafo 67

STEDH de 21 de octubre de 1997, Caso *Boujlifa contra Francia*, párrafo 42

STEDH de 19 de febrero de 1998, Caso *Dalia contra Francia*, párrafo 52

STEDH de 26 de septiembre de 1997, Caso *Mehemi contra Francia*, párrafo 34

STEDH de 24 de abril de 1996, Caso *Boughanemi contra Francia*, párrafo 42

STEDH de 7 de agosto de 1996, Caso *C contra Bélgica*, párrafo 32

STEDH de 15 de noviembre de 2012, Caso *Shala contra Suiza*, párrafo 48

STEDH de 24 de noviembre de 2009, Caso *Omojoudi contra Reino Unido* párrafo 37 y ss

STEDH de 13 de julio de 1995, Caso *Nasri contra Francia*, párrafo 46

STEDH de 18 de octubre de 2006, Caso *Üner contra Países Bajos*, párrafo 67

STEDH de 24 de septiembre de 2014, Caso *Ukaj contra Suiza*, párrafos 38, 39 y 40

STEDH de 17 de febrero de 2009, Caso *Onur contra Reino Unido*, párrafo 43

STEDH de 11 de julio del 2000, Caso *Ciliz contra Países Bajos*, párrafo 59

STEDH de 23 de abril de 2015, Caso *Khan contra Alemania*, párrafo 38

STEDH de 27 de febrero del 2014, Caso *Josef contra Bélgica*, párrafo 137

STEDH de 2 de agosto de 2001, Caso *Boultif contra Switzerland*, párrafo 48

STEDH de 2 de junio de 2015, Caso *KM contra Suiza*, párrafo 51

STEDH de 13 de diciembre de 2016, Caso *Paposhvili contra Bélgica*, párrafo 143

STEDH de 18 de febrero de 2016, Caso *Rwyn contra Polonia*, párrafo 135

STEDH de 28 de febrero de 2008, Caso *Saadi contra Italia*, párrafo 129

STEDH de 6 de marzo de 2001, Caso *Hilal contra Reino Unido*, párrafo 63

STEDH de 11 de julio de 2000, Caso *Jabari contra Turquía*, párrafos 44 y 45

STEDH de 24 de marzo de 2009, Caso *O. contra Italia*, párrafo 45

STEDH de 20 de diciembre de 2011, Caso *JH contra Reino Unido*, párrafo 55

STEDH de 15 de mayo de 2012, Caso *SF y otros contra Suecia*, párrafo 62

STEDH de 16 de octubre de 2012, Caso *Ergashev contra Rusia*, párrafo 68

STEDH de 8 de noviembre de 2011, Caso *Yakubov contra Rusia*, párrafos 84 y ss

STEDH de 26 de abril de 2005, Caso *Muslim contra Turquía*, párrafo 69

STEDH de 20 de septiembre de 2007, Caso *Sultani contra Francia*, párrafo 67

STEDH de 8 de abril de 2009, Caso *Nyanzi contra Reino Unido*, párrafo 64

STEDH de 22 de junio de 1999, Caso *Incedursun contra Países Bajos*, párrafos 17, 18, 19 y 20

STEDH de 5 de mayo de 2009, Caso *Sellem contra Italia*, párrafo 39

STEDH de 27 de mayo de 2008, Caso *N contra Reino Unido*, párrafo 29

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE, de fecha 7 de julio de 1992. Asunto C-369/90. Mario Vicente Micheletti y otros, párrafo 14

STJUE, de fecha 9 de enero de 2007. Asunto C-1/05-Yunying Jia y Migrationsverket, párrafo 22

STJUE, de fecha 17 de noviembre de 2011, Asunto C-430/10-Hristo Gaydarov contra Director na Glavna direktsia “Ohranitelna politsia” pri Ministerstvo na vatreshnite raboti, párrafo 33

STJUE, de fecha 8 de diciembre de 2011, Asunto C-371/08-Nural Ziebell contra Land Baden Württemberg, párrafo 82

STJUE, de fecha 11 de enero del 2000, Asunto C-285/98-Tanja Kreil contra Bundesrepublik Deutschland, párrafo 17

STJUE, de fecha 11 de marzo de 2003, Asunto C-186/01-Alexander Dory contra República Federal de Alemania, párrafo 32

STJUE, de fecha 26 de octubre de 1999, Asunto C-273/97-Ángela María Sirdar y The Army Board, Secretary of the State for Defense, párrafo 17

STJUE, de fecha 4 de octubre de 1991, Asunto C-367/89-Richardt y Les Accessoires Scientifiques, párrafo 22

STJUE, de fecha 17 de octubre de 1995, Asunto C-83/94 Leifer y otros, párrafo 26

STJUE, de fecha 23 de noviembre de 2010, Asunto C-145/09-Baden Württemberg y Panagiotis Tsakouridis, párrafos 43 y ss

STJUE, de fecha 7 de diciembre de 2017, Asunto C-636/16-Willber López Pastuzano contra Delgación del Gobierno de Navarra, párrafo 27

STJUE, de fecha 31 de enero de 2006, Asunto C-503/03, Párrafo 44

STJUE, de fecha 22 de mayo de 2012, Asunto C-348/09-P.I y Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid, párrafo 30

STJUE, de fecha 7 de junio de 2007. Asunto CC-50/06-Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos, párrafo 29

STJUE, de fecha 16 de enero de 2014. Asunto C-400/12-Secretary of State for the Home Department y Sra. G, párrafos 24 y 27

STJUE, de fecha 16 de enero de 2014, Asunto C-378/12- Nnamdi Onuekwere y Secretary of State for the Home Department, párrafo 32

Sentencias del Tribunal Constitucional

STC 174/1996, de 17 de diciembre de 1996. FJ3, Magistrado Ponente D. RAFAEL DE MENDIZÁBAL ALLENDE

Auto del Tribunal Constitucional 15/1984, de 11 de enero de 1984, FJ único

Auto del Tribunal Constitucional 739/1986, de 24 de septiembre, FJ 3

Auto del Tribunal Constitucional 1112/1988, de 10 de octubre, FJ 1

STC 28/1988, de 23 de febrero de 1988. FJ 2, Magistrado Ponente D. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE

STC 150/1991, de 4 de julio de 1991, FJ 4, Magistrado Ponente D. LUIS LÓPEZ GUERRA

STC 2/1997, de 13 de enero de 1997, FJ 3, Magistrado Ponente D. JULIO DIEGO GONZÁLEZ CAMPOS

STC 81/1997, de 22 de abril de 1997, FJ 1, Magistrado Ponente D. VICENTE GIMENO SENDRA

STC 8/2001, de 15 de enero de 2001, FJ 1, Magistrado Ponente D. MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA

STC 79/1998, de 1 de abril, FJ 4, Magistrado Ponente D. PABLO GARCÍA MANZANO

Auto del Tribunal Constitucional 25/1995, de 30 de enero de 1995, FJ 6

STC 19/1988, de 16 de febrero de 1988, FJ 9, Magistrado Ponente D. LUIS DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN

STC 209/1993, de 28 de junio de 1993, FJ 4, Magistrado Ponente D. RAFAEL DE MENDIZÁBAL ALLENDE

Auto del Tribunal Constitucional 360/1990, de 5 de octubre, FJ 4

STC 119/1996, de 8 de julio de 1996. FJ4, Magistrado Ponente D. CARLES VIVER PI-SUNYER

STC 2/1987, de 21 de enero de 1987. FJ2, Magistrado Ponente D. MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER

STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ4, Magistrado Ponente D. CARLES VIVER PISUNYER

STC 299/1005, de 21 de noviembre, FJ2, Magistrado Ponente D. EUGENI GAY MONTALVO

STC 115/2003, de 16 de junio, FJ4, Magistrado Ponente D. PABLO CACHÓN VILLAR

STC 88/1998, de 21 de abril de 1998. FJ2. Magistrado Ponente D. MANUEL JIMÉNEZ DE PRAGA Y CABRERA

Auto del Tribunal Constitucional 15/1989, de 11 de enero de 1984, FJ único

STC 79/1988, de 1 de abril. FJ4, Magistrado Ponente D. PABLO GARCÍA MANZANO

STC 242/1994, de 20 de julio de 1994. FJ 6, Magistrado Ponente D. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE

Sentencias del Tribunal Supremo

STS, Sala segunda de lo Penal de 28 de diciembre de 1998, Fundamento de Derecho segundo, Ponente D. ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA

STS, Sala Segunda de lo Penal, de 7 de febrero de 2013, Fundamento de Derecho primero, Ponente D. MANUEL MARCHENA GÓMEZ

STS, Sala Segunda de lo Penal, de 28 de febrero de 2006, Fundamento de Derecho tercero, Ponente D. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR

STS, Sala Segunda de lo Penal de 20 de octubre de 1994, Fundamento de derecho quinto,
Ponente D. FRANCISCO SOTO NIETO

STS, Sala Segunda de lo Penal, de 26 de octubre de 2001, Fundamento de derecho único,
Ponente D. ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER

STS, Sala Segunda de lo Penal de 21 de enero de 2002, Fundamento de Derecho segundo,
Ponente D. GREGORIO GARCÍA ANCOS

STS, Sala Segunda de lo Penal de 3 de marzo de 1998, Fundamento de Derecho Tercero,
Ponente D. LUIS ROMÁN PUERTA LUIS

STS, Sala Segunda de lo Penal de 28 de septiembre de 2009, Fundamento de Derecho
Tercero, Ponente D. ALBERTO JORGE BARREIRO

STS, Sala Segunda de lo Penal, de 22 de abril del 2005, Fundamento de derecho segundo,
Ponente D. ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA

STS, Sala Segunda de lo Penal, de 28 de octubre de 2004, Fundamento de derecho
primero, Ponente D. DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO

STS, Sala Segunda de lo Penal, de 28 de septiembre de 2005. Fundamento de Derecho
cuarto. Ponente D. SIRO FRANCISCO GARCÍA PÉREZ

STS, Sala Segunda de lo Penal, de 12 de julio de 2017. Fundamento de Derecho Único.
Ponente D. JUAN SAAVEDRA RUIZ

STS, Sala Segunda de lo Penal, de 23 de julio de 2009. Fundamento de Derecho único.
Ponente D. FRANCISCO MONTERDE FERRER

STS, Sala Segunda de lo Penal, 24 de julio de 2006, Fundamento de Derecho Primero,
Ponente D. JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN

STS, Sala segunda de lo Penal de 8 de julio de 2004, Fundamento de derecho segundo, Ponente D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA

STS, Sala Segunda de lo Penal de 20 de febrero de 2008, Fundamento de Derecho Cuarto, Ponente D. LUCIANO VARELA CASTRO

STS, Sala Segunda de lo Penal de 1 de diciembre de 2006, Fundamento de Derecho Único, Ponente D. ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER

STS, Sala Segunda de lo Penal de 24 de noviembre de 2010, Fundamento de derecho onceavo, Ponente D. JUAN RAMÓN BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE

STS, Sala Segunda de lo Penal de 3 junio de 2014, Fundamento de derecho quinto, Ponente D. ANDRÉS PALOMO DEL ARCO

STS, Sala Segunda de lo Penal de 13 de noviembre de 2014, Fundamento de derecho primero, Ponente D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA

STS, Sala Segunda de lo Penal de 26 de junio de 2014, Fundamento de Derecho segundo, Ponente D. MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA

STS, Sala Segunda de lo Penal de 18 de junio de 2014, Fundamento de derecho segundo, Ponente D. JOSÉ RAMÓN SORIANO SORIANO

STS, Sala segunda de lo Penal, de 3 de junio de 2016, Fundamento de Derecho segundo, Ponente. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA.

STS, Saña Segunda de lo Penal de 19 de mayo de 2016, Fundamento de derecho segundo, Ponente D. MANUEL MARCHENA GÓMEZ

STS, Sala Segunda de lo Penal de 4 de octubre de 2013. Fundamento de Derecho undécimo. Ponente D. ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO

STS, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de 2 de junio de 2001, Fundamento de Derecho Tercero, Ponente D. PECES MORATE

STS, Sala Segunda de lo Penal, de 12 de mayo de 2016, Fundamento de Derecho tercero, Ponente D. JORGE BARREIRO ALBERTO GUMERSINDO

STS, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de 15 de febrero de 2016, Fundamento de Derecho segundo, Ponente D. DIEGO CÓRDOBA CASTROVERDE

STS, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de 18 de julio de 2000, Fundamento de Derecho sexto, Ponente D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS

STS, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de 15 de noviembre de 1999, Fundamento de Derecho segundo, Ponente D. JESÚS ERNESTO PECES MORATE

Auto del TS, Sala Segunda de lo Penal, de 27 de abril de 2017, Razonamiento jurídico primero, Ponente D. PALOMO DEL ARCO ANDRÉS

STS, Sala Segunda de lo Penal, de 1 de junio de 2017, Fundamento de Derecho segundo, Ponente D. JORGE BARREIRO

STS, Sala Segunda de lo Penal, de 11 de septiembre de 2017, Fundamento de Derecho cuarto, Ponente D. LLARENA CONDE PABLO

STS, Sala Segunda de lo Penal, de fecha de 8 de junio de 2009. Magistrado Ponente D. LUIS ROMÁN PUERTA LUIS. Fundamento de Derecho Tercero

STS, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de 1 de junio de 2010. Fundamento de Derecho tercero. Ponente. D. RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE

STS, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de mayo de 2018, Fundamento de derecho octavo, décimo y décimo primero, Ponente D. RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE

STS, Sala tercera de lo Contencioso Administrativo, de 16 de mayo de 1990, Ponente D. ENRIQUE CÁNCER LALANNE

STS, Sala tercera de lo Contencioso Administrativo, de 26 de octubre de 1992, Ponente D. MANUEL GODED MIRANDA

STS, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de 29 de enero de 1993, Ponente D. MANUEL GODED MIRANDA

STS, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de 20 de enero de 2014, Ponente D. ABEL ÁNGEL SÁEZ DOMENECH. Fundamento de Derecho Tercero.

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia

STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección primera, núm 841/2015 de 30 de septiembre. Fundamento de Derecho quinto. Ponente D. CARLOS ALTARRIBA CANO

STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso Administrativa, sección primera. Núm 115/2016, de 27 de mayo. Ponente D. JOSÉ MATÍAS ALONSO MILLÁN

STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso Administrativa, sección primera. Núm 175/2015, de 11 de septiembre. Ponente DÑA MARÍA BEGOÑA GONZÁLEZ GARCÍA

STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera. Núm 82/2017, de 7 de abril. Ponente D. JOSÉ MATÍAS ALONSO MILLÁN.

STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, núm 287/2006, de 21 de abril. Fundamento de Derecho segundo, Magistrado Ponente DÑA BEGOÑA ORUE BASCONES

STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, núm 485/2015, de 21 de octubre, Magistrado Ponente D. ÁNGEL RUÍZ RUÍZ

STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, núm 436/2015, de 15 de mayo. Ponente D. CARLOS ALTARRIBA CANO

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª, núm 434/2017, de 28 de junio. Ponente D. FRANCISCO LÓPEZ VÁZQUEZ

STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, núm 22/2014, de 20 de enero de 2014. Fundamento de Derecho Tercero, Ponente D. ABEL ÁNGEL SÁEZ DOMENECH

STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, núm 271/2017, de 24 de mayo de 2017. Fundamento de Derecho Quinto, Ponente D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES

STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, núm 410/2016, de 28 de septiembre de 2016. Fundamento de Derecho Segundo, Ponente D. ÁNGEL RUÍZ RUIZ

STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección primera, núm 66/2016, de 18 de marzo de 2016, Fundamento de Derecho Cuarto, Ponente DÑA. MARÍA BEGOÑA GONZÁLEZ GARCÍA

STSJ de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección primera, núm 90179/2014, de 6 de octubre de 2014, Fundamento de Derecho Segundo, Ponente D. JULIO LUIS GALLEGO OTERO

STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, núm 470/2016, de 31 de mayo de 2016. Fundamento de Derecho Cuarto, Ponente DÑA NATALIA DE LA IGLESIA VICENTE.

STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, núm 420/2017, de 6 de junio de 2017. Fundamento de Derecho Segundo, Ponente D. JOSÉ RAMÓN CHULVI MONTANER.

STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, núm 654/2017, de 6 de junio de 2017. Fundamento de Derecho Segundo, Ponente D. JUAN FRANCISCO LÓPEZ DE HONTANAR SÁNCHEZ

STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, núm 538/2017, de 18 de octubre de 2017. Fundamento de Derecho Segundo, Ponente D. GUSTAVO LESCURE CEÑAL

STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección décima, núm 643/2017, de 30 de octubre de 2017. Fundamento de Derecho Séptimo, Ponente D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO

STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección novena, núm 745/2017, de 14 de noviembre de 2017. Fundamento de Derecho Segundo, Ponente D. JOSÉ LUIS QUESADA VAREA

STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, núm 785/2017, de 7 de diciembre de 2017. Fundamento de Derecho Segundo, Ponente DÑA. MARGARITA PAZOS PITA

STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, núm 93/2018, de 7 de febrero de 2018. Fundamento de Derecho Segundo, Ponente D. GUSTAVO LESCURE CEÑAL.

STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, núm 208/2015, de 19 de marzo, Ponente D. MONSERRAT FIGUERA LLUCH, Fundamento de derecho segundo

STSJ de Islas Baleares, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, núm 829/2012, de 30 de noviembre, Ponente DÑA. MARÍA DEL CARMEN FRIGOLA CASTILLÓN, Fundamento de Derecho cuarto

STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso Administrativa, sección primera, núm 719/2010, de 12 de noviembre de 2010, Ponente DÑA MARÍA BEGOÑA GONZÁLEZ GARCÍA. Fundamento de Derecho Tercero

STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, núm 480/2016, de 31 de mayo de 2016, Ponente D. ALTARRIBA CANO, Fundamento de Derecho Cuarto y Sexto

STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, núm 27/2008, de 21 de mayo de 2008, Ponente DÑA MARÍA BEGOÑA GONZÁLEZ GARCÍA

STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, núm 433/2016, de 18 de mayo de 2016, Ponente D. MARIANO FERRANDO MARZAL. Fundamento de Derecho Cuarto

STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, núm 470/2016, de 31 de mayo de 2016, Fundamento de Derecho Cuarto, Ponente DÑA NATALIA DE LA IGLESIA VICENTE

Sentencias de la Audiencia Provincial

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sección quinta, núm 86/2006, de fecha 2 de noviembre de 2006. Magistrado Ponente D. Augusto Morales Limia

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección primera, núm 272/2015, de fecha 23 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente D. IGNAIO MARRERO FRANCÉS

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección primera, núm 204/2017, de fecha 4 de septiembre de 2017. Magistrado Ponente DÑA ROSA MARÍA DE CASTRO MARTÍN

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección sexta, núm 594/2015, de fecha 20 de julio de 2013. Magistrado Ponente D. EDUARDO NAVARRO BLASCO

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección segunda, núm 355/2015, de fecha 25 de septiembre 2015. Magistrado Ponente D. IGNACIO MARRERO FRANCÉS

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección veintitrés, núm 711/2015, de fecha 26 de octubre de 2015. Magistrado Ponente D. JOAQUIN DELGADO MARTÍN

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección cuarta, núm 25/2016, de fecha 3 de febrero de 2016. Magistrado Ponente D. IGNACIO SÁNCHEZ YLLERA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección veintinueve, núm 258/2016, de fecha 16 de septiembre de 2016. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA PILAR RASILLO LÓPEZ

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección treinta, núm 891/2015, de fecha 24 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente DÑA. ROSA MARÍA QUINTANA SAN MARTÍN

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección quinta, núm 921/2015, de fecha 26 de octubre de 2015. Magistrada Ponente DÑA. Mº MAGDALENA JIMÉNEZ JIMÉNEZ

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección segunda, núm 347/2017, de fecha 30 de mayo de 2017. Magistrado Ponente DÑA MARÍA DEL PILAR PÉREZ RUEDA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección tercera, núm 204/2017, de fecha 4 de septiembre de 2017. Magistrado Ponente DÑA. ROSA MARÍA DE CASTRO MARTÍN

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, sección tercera, núm 93/2016, de fecha 22 de junio de 2016. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA DEL CARMEN DELGADO.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección segunda, núm 940/2015, de fecha 24 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA DEL ROSARIO ESTEBAN MEILAN

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección sexta, núm 11/2015, de fecha 22 de diciembre de 2015. Magistrado Ponente D. JOSÉ LUIS RAMÍREZ ORTÍZ

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección cuarta, núm 33/2017, de fecha 18 de enero de 2017. Magistrado Ponente D. JAVIER MARCA MATUTE

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleída, sección primera, núm 416/2017, de fecha 7 de noviembre de 2017. Magistrado Ponente D. VÍCTOR MANUEL GARCÍA NAVAS CUÉS

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección tercera, núm 263/2016, de fecha 28 de septiembre de 2016. Magistrado Ponente D. RICARDO GONZÁLEZ GONZÁLEZ

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección primera, núm 36/2016, de fecha 23 de enero de 2016. Magistrado Ponente D. JAVIER RUÍZ CASAS

Sentencia de la Audiencia Provincial de LLeída, sección primera, núm 618/2016, de fecha 30 de noviembre de 2016. Magistrado Ponente D. VÍCTOR MANUEL GARCÍA NAVASCUÉS

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección primera, núm 201/2017, de fecha 15 de marzo de 2017. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA JOSÉ GARCÍA -GALÁN SAN MIGUEL

Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, sección primera, núm 153/2017, de 3 de marzo de 2017. Magistrado Ponente DÑA MARÍA CONCEPCIÓN ROIG ANGOSTO

Sentencia de la Audiencia Provincial de LLeída, sección primera, núm 537/2017, de 27 de octubre de 2017. Magistrado Ponente D. FRANCISCO SEGURA SANCHO

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección tercera, núm 372/2017, de 1 de agosto de 2017. Magistrado Ponente DÑA MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ LUNA.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sección sexta, núm 838/2015, de fecha 4 de diciembre de 2015. Magistrado Ponente D. JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ SÁEZ

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. Sección veintiséis, núm 75/2016 de fecha 8 de febrero de 2016. Magistrado Ponente D. LEOPOLDO PUENTE SEGURA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. Sección treinta, núm 936/2015, de fecha 14 de diciembre de 2015. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA CATALINA PILAR ALHAMBRA PÉREZ

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección dieciséis, núm 651/2015, de fecha 28 de septiembre de 2015. Magistrado Ponente D. MIGUEL HIDALGO ABÍA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección sexta, núm 826/2015 de fecha 26 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA TERESA RUBIO CABRERO

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección dieciseisava, núm 654/2015, de fecha 28 de septiembre de 2015. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA TERESA RUBIO CABRERO

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. Sección veintitrés, núm 682/2015, de fecha 14 de octubre de 2015. Magistrado Ponente D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección dieciséis, núm 777/2015, de fecha 18 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente DÑA. M^o CRUZ ALVARO LÓPEZ

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección sexta, núm 2/2016, de fecha 12 de enero de 2016. Magistrado Ponente D. JULIÁN ABAD CRESPO

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección treinta, núm 169/2016, de fecha 7 de marzo de 2016. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA CATALINA PILAR ALHAMBRA PÉREZ

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección dieciséis, núm 655/2015, de fecha 28 de septiembre de 2015. Magistrado Ponente D. ALBERTO MOLINARI LÓPEZ-RECUERO

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección sexta, núm 665/2015, de fecha 25 de septiembre de 2015. Magistrado Ponente D. JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ PRIETO

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección treinta, núm 956/2015, de fecha 15 de diciembre de 2015. Magistrada Ponente DÑA. MARÍA PILAR OLIVÁN LACASTA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección veintinueve, núm 696/2015, de fecha 18 de noviembre de 2015. Magistrada Ponente D. FRANCISCO BUENAVENTURA FERRER PUJOL

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección cuarta, núm 426/2015, de fecha 7 de septiembre de 2015. Magistrado Ponente D. MARIO PESTANA PÉREZ

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección dieciséis, núm 681/2015, de fecha 14 de octubre de 2015. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA CRUZ ÁLVARO LÓPEZ

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección veintitrés, núm 671/2016, de fecha 10 de noviembre de 2016. Magistrado Ponente D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección primera, núm 463/2015, de fecha 19 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente D. MANUEL CHACÓN ALONSO

Audiencia Provincial de Murcia, sección segunda, núm 434/2015 de fecha 2 de octubre de 2015. Magistrado Ponente DÑA. MARÍA CONCEPCIÓN ROIG ANGOSTO

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección tercera, núm 766/2015, de fecha 27 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente D. EDUARDO BERMÚDEZ OCHOA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sección décima, núm 50/2016, de fecha 19 de enero de 2016. Magistrado Ponente Dña. CARMEN SÁNCHEZ ALBORNOZ BERNABÉ

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección cuarta, núm 527/2015, de fecha 3 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente D. MARIO PESTAÑA PÉREZ

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección sexta, núm 75/2016, de fecha 7 de abril de 2016. Magistrada Ponente Dña. CARMEN MARTELO PÉREZ

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección cuarta, núm 265/2015, de fecha 15 de septiembre de 2015. Magistrado Ponente D. JAVIER DE BLAS GARCÍA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección tercera, núm 372/2017, de 1 de agosto de 2017. Magistrado Ponente DÑA MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ LUNA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección segunda, núm 182/2015 de fecha 2 de diciembre de 2015, Magistrado Ponente DÑA. MÓNICA DE LA SERNA PEDRO