

LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS COMUNITARIOS INFRACTORES TRAS LA REFORMA DE LA LO 1/2015 Y LA REINSERCIÓN SOCIAL

EXPULSION OF EUROPEAN OFFENDERS FOREIGNERS AFTER REFORM OPERATED BY LO 1/2015 AND REINTEGRATION

Rodrigo Campos Hellín
Doctorando
Universidad de Málaga (España)

Fecha de recepción: 29 de mayo de 2019.

Fecha de aceptación: 11 de octubre de 2019.

RESUMEN

En el presente artículo se analiza la introducción en el Código Penal de la posibilidad de expulsar a extranjeros comunitarios que han cometido un delito, regulación que ha sido incluida en el artículo 89 del Código Penal por la LO 1/2015 y que cuestiona la consecución de su reinserción social. Para ello, se parte del declive que ha sufrido la reinserción social en España a raíz de diversas medidas legales que el legislador ha venido adoptando, principalmente desde el año 2003, así como del análisis e interpretación de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aras de conocer determinados conceptos que serán evaluados a la hora de dilucidar sobre la expulsión de un infractor comunitario, como, por ejemplo, el orden público y la seguridad pública.

ABSTRACT

In this article, It is analyzed the introduction in the Penal Code of the possibility of expelling european offenders foreigners who had committed a crime, modification included in the article 89 of the Penal Code by LO 1/2015, which question the achievement of their reintegration in the society. In this article, we start by analyzing the decline suffered by the idea of the reintegration in the society in Spain because of differents legal measures that the legislator has adopted, specially since 2003. Afther that, they are analysed and interpreted differents sentences of the Court of Justice of the European Union in order to know about certains concepts which will be evaluated in the moment of deciding about the expulsion of an european offender foreigner, like, for exemple, public order and public security.

PALABRAS CLAVE

Extranjeros, reinserción social, expulsión penal, Unión Europea, Código Penal.

KEYWORDS

Foreigners, reintegration, penal expulsion, European Union, Penal Code.

ÍNDICE

1. LA CAÍDA DE LA REINSERCIÓN SOCIAL. 1.1. La naturaleza jurídica de la reinserción social. 1.2. La pérdida de credibilidad de la reinserción social, ausencia de delimitación de la misma y sus consecuencias. **2. LAS CONSECUENCIAS DE LA PÉRDIDA DE CREDIBILIDAD DE LA REINSERCIÓN SOCIAL.** **3. LA EXPULSIÓN DE CIUDADANOS COMUNITARIOS.** 3.1. Ámbito de aplicación subjetivo. 3.2. El doble régimen de expulsión del artículo 89.4. 3.2.1. El régimen ordinario de expulsión penal de ciudadanos comunitarios. 3.2.1.1. El orden público y la seguridad pública como fundamento para practicar una expulsión. 3.2.2. El régimen excepcional de expulsión penal de ciudadanos comunitarios. 3.2.2.1. La cuestión de la interrupción de la residencia. 3.3. La proporcionalidad en la expulsión de los ciudadanos comunitarios. 3.4. La ausencia de controles en las fronteras interiores de la Unión Europea y la expulsión de ciudadanos comunitarios. **CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA**

SUMMARY

1. THE FALL OF THE SOCIAL REINTEGRATION. 2. CONSEQUENCES OF THE LOSS OF CREDIBILITY OF THE SOCIAL INTEGRATION. 3. EXPULSION OF THE COMMUNITY CITIZENS. 4. CONCLUSIONS. BIBLIOGRAPHY

1. LA CAÍDA DE LA REINSERCIÓN SOCIAL**1.1. La naturaleza jurídica de la reinserción social**

Cuando se alude a la reinserción social, se hace referencia a una de las finalidades que tienen las penas, la prevención especial positiva, y que se centra en que el delincuente vuelva a introducirse en la sociedad alejándose del delito (Lesch,1999, p.31).

En la actualidad, el ordenamiento jurídico español regula la reinserción social en tres textos normativos: La Constitución Española (art.25.2), la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre (art.1) y el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

Es ampliamente conocido el debate, que tanto doctrinalmente como jurisprudencialmente se mantiene en torno a la naturaleza jurídica de la reinserción social, esto es, si la misma se configura como un mandato orientador de la política penal y penitenciaria, como un principio constitucional o como un derecho subjetivo de los internos. 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 social (Martínez, 2001, p.69).

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 la medida de lo posible no acentúe los efectos estigmatizantes y desocializadores propios de toda condena penal (De la Cuesta Arzamendi, 1989, p.61).

En este sentido, hay otro grupo de autores que consideran a la reinserción social como un principio constitucional, lo cual implicaría no sólo una vinculación 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 mismas, otorgando así un *prius* de protección a la reinserción social (Álvarez García, 2001, p.29).

Finalmente, hay un tercer grupo de autores que consideran a la reinserción social como un derecho subjetivo. En esta línea, hay quienes afirman 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 (Mapelli Caffarena, 1983, p.165).

En este sentido, la mayoría de la doctrina sostiene que la reinserción social se configuraría como un mandato orientador de la política penal y penitenciaria, sin que en ningún caso sea considerada un principio constitucional o un derecho subjetivo del interno (Córdoba, 1980, p. 139; De la Cuesta, 1983, p. 20; Mir, 1986, p. 26; Pérez, 1986, p. 26; Carbonell, 1996, p. 68; Bustos & Hormazábal, 1997, p. 167; Choclán, 1997, p. 91; De Lamo, 1997, p. 29; Cervelló, 2001, p. 54; Quintero, Jaria & Pigrau, 2001, p. 50; Serrano, 2001, pp. 602-603; Ayo, 2005, p. 27; García, 2006, p. 34; Leganés, 2009, p. 41; Juanatey, 2013, p. 69; Leganés, 2013, p. 24; García, 2014, p. 36; De Marcos & De Vicente, 2015, p. 136; Mata y Martín, 2016, p. 180; Lamarca, 1993, p. 219; Delgado, 2004, pp. 352-353; Reviriego, 2006, p. 453).

El reconocimiento de la reinserción como un derecho subjetivo implicaría que su defensa podría llevarse a cabo por la vía de la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por su parte, dicha instancia judicial ha cerrado el debate en torno a la naturaleza jurídica de la reinserción social, sosteniendo en numerosas ocasiones que la misma no puede ser considerada un derecho fundamental, porque no es el único motivo legítimo para imponer penas privativas de libertad, sino que existen otros fines, constitucionalmente legítimos, para la imposición de penas privativas de libertad (STC 150/1991, de 4 de julio de 1991, FJ 4; 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, entre otros, y en las sentencias STC 28/1988, de 23 de febrero de 1988, FJ 2; STC 150/1991, de 4 de julio de 1991, FJ 4; STC 2/1997, de 13 de enero de 1997, FJ 3).

Finalmente, se ha de indicar que el Tribunal Constitucional ha seguido manteniendo esta línea con posterioridad (STC 2/1987, de 21 de enero de 1987, FJ 2; STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4b; Auto del Tribunal Constitucional 1112/1988, de 10 de octubre de 1988, FJ 1; STC 19/198, de 16 de febrero, FJ 9; STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 4, Magistrado Ponente; STC 119/1996, de 8 de julio, FJ 4; STC 299/1005, de 21 de noviembre, FJ 2, y STC 115/2003, de 16 de junio, FJ4).

1.2. La pérdida de credibilidad de la reinserción social, ausencia de delimitación de la misma y sus consecuencias

En primer lugar, se ha de indicar que la pérdida de verosimilitud del pensamiento resocializador ha estado ligada a la ausencia de credibilidad de la pena de prisión, como respuesta jurídico-penal válida al hecho punible (Bustos, 1987, p. 460; Leganés, 2013, p. 25). En efecto, 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 cortas (Santos, 1980, p.123) 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 penados (Peña, 1979, p.69). Así, 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 penados (Baratta, 1991, p.139). En este sentido, 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”*. En esta línea, 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”*

(González Collantes, 2015, p.186).

Este fenómeno ha producido dos efectos nocivos: en primer lugar, una involución del Derecho Penal hacia posiciones más centradas en el retribucionismo o en la represión de la conducta antijurídica (Mapelli, 1983, p. 96; Choclán, 1997, p. 95),

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 recluso (Pavarini, 1979, pp. 73-84; Añez, Han, Manssur & Párraga, 2008, p. 54; Correcher, 2014, p. 347).

Otra de las críticas vertidas sobre la prisión como herramienta apta para conseguir la reinserción social, está ligada a la existencia de la subcultura carcelaria dentro del establecimiento penitenciario (Muñoz, 1985, p. 99; López, 2012, p. 274). Por subcultura carcelaria entendemos un trámite de ósmosis cultural, a través del cual el interno conoce la cultura carcelaria y empatiza con ella, de forma que cuanto mayor es dicha empatía, más incapacitado estará el recluso para vivir en libertad. Este trámite ha sido bautizado con el término “desculturación”, con el concepto “socialización negativa” (De la Cuesta, 1983, p. 6) o con el más ampliamente usado de “prisionización” (Cabrera, 2002, p. 87; Serrano, 2014, p. 17).

Por último, una tercera detracción que se hace a la prevención especial positiva surge de la problemática que presentan los individuos 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 vigentes (Leganés, 2013, p. 25). En este sentido, una sobreestimación de la prevención especial positiva 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 vigentes (Daunis, 2016, p. 24).

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 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) (Daunis, 2016, p.24).

2. LAS CONSECUENCIAS DE LA PÉRDIDA DE CREDIBILIDAD DE LA REINSERCIÓN SOCIAL

El hecho de que la naturaleza jurídica de la reinserción social no quede perfectamente delimitada en la Constitución otorga cierta discrecionalidad al legislador, así como al resto de los operadores jurídicos, que en ocasiones elaborarán

leyes y las aplicarán de forma que provocarán una involución del Derecho Penal hacia un sistema más centrado en la retribución que en la reinserción social. 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, hecho que va de la mano de una total desconfianza hacia el medio penitenciario como engranaje rehabilitador, habrá cada vez más sistemas penales y penitenciarios centrados en otras finalidades de la pena, como la prevención general o la custodia, que en la reinserción social. Prueba de estas dos aseveraciones la constituye la reforma que se hizo del Código Penal en el año 2003, que, en opinión de Téllez (2005, p. 53), constituyó una manifestación radical del Derecho penal del enemigo. Así, entre las reformas que dicha modificación introdujo se encuentra el aumento en el uso de las penas cortas de prisión (Vallejo, 2004, p. 5), o el endurecimiento del 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 impuesta, poniendo en entredicho la finalidad de la reinserción social de las penas, dado que se supeditaban los progresos que el interno fuera realizando dentro de prisión a criterios meramente cronológicos, puesto que antes de que el interno cumpliera la mitad de la pena impuesta podría haber hecho progresos muy favorables en su reinserción social que le hicieran merecedor de la concesión de un tercer grado (García, 2006, p. 324).

No cabe duda de que este elenco de consecuencias va a repercutir en todos los internos que se encuentren cumpliendo una condena en un centro penitenciario español, entre ellos los extranjeros.

En efecto, este cúmulo de factores ha convertido a los inmigrantes que se encuentran en España en el blanco de un precepto que recoge el Código Penal español desde el año 1995, y que aboga por su expulsión como una alternativa al cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español. Este precepto al que se alude es el art. 89 del Código Penal, que regula una medida que, a priori, parece estar más centrada en otras finalidades de la pena que en la reinserción social. Se trata de un precepto no exento de polémica, que desde su introducción en el Código Penal ha sido modificado en cuatro ocasiones. La primera reforma data del año 2000. En virtud de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se introdujo un apartado a la redacción originaria, en la que se vedaba la expulsión en los casos en que el penado hubiese sido condenado por delitos vinculados con la inmigración irregular (arts. 312, 318bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal), o por infracciones de asociación ilícita preordenadas a la comisión de tales injustos (García, 2015, p. 55). La segunda reforma fue operada 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. La reforma más polémica que introdujo este nuevo artículo fue la eliminación del requisito de audiencia previa al penado para poder acordar una expulsión. En este sentido, se establecía que la expulsión del extranjero sería acordada en sentencia, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, de forma excepcional y motivada, apreciara que la naturaleza del delito justificara el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español. Posteriormente, la tercera modificación fue realizada por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se

modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Esta nueva reforma llevó a cabo algunos cambios del anterior artículo 89; entre ellos, cabe destacar la reintroducción del requisito de audiencia previa como elemento imprescindible para poder llevar a cabo la expulsión, y la utilización de los Centros de Internamiento de Extranjeros como herramientas asegurativas de la realización de una expulsión. Finalmente, la última reforma fue la realizada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Esta nueva modificación ha introducido cambios peculiares, tales como la pena de prisión superior a un año como condición para poder llevar a cabo la sustitución y no las penas “privativas de libertad”, como se indicaba en las anteriores reformas (Leganés, 2015, p. 4); reconocimiento explícito de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en especial el arraigo, como límite para ejecutar la expulsión; generalización de la expulsión a todos los ciudadanos extranjeros, sin tener en cuenta si tienen o no autorización de residencia; concesión al órgano jurisdiccional de la facultad de acordar el cumplimiento de una parte de la pena. Asimismo, se establece que, en todo caso, el extranjero será expulsado cuando acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional. Finalmente, se dispone la posibilidad de expulsar a ciudadanos comunitarios. Esta última medida es de las que mejor simboliza la finalidad del artículo 89 del Código Penal tras la última reforma que se ha llevado a cabo, esto es, potenciar todo lo posible la expulsión de extranjeros infractores, ampliando su ámbito subjetivo de aplicación a todo aquel individuo que no ostente la nacionalidad española, eludiendo cualquier intención de reinsertarlos socialmente.

3. LA EXPULSIÓN DE CIUDADANOS COMUNITARIOS

El artículo 20.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea 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 Código Penal del 2015 esa libertad reconocida en el artículo 20.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ha encontrado un límite de cariz penal en el artículo 89 CP.

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 Europeo (Díaz Martín, 2016, p.8), Real Decreto a través del cual se transponía al Derecho español la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 (Iglesias Río, 2015, p.176).

En este sentido, el artículo 15 del citado Real Decreto 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 240/2007 (Recio Juárez, 2015, p.6; Roig Torres, 2014, p.471).

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 comunitario (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 7 de julio de 1992. Asunto C-369/90. Mario Vicente Micheletti y otros, párrafo 14).

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 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”* (Peris Riera, 2016, p.189).

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.

3.1. Ámbito de aplicación subjetivo

Una vez referenciada la novedad que supone la introducción de este régimen de expulsión de ciudadanos comunitarios en el Código Penal, 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.

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 extracomunitarios (Recio Juárez, 2016, p.115; Páez Méndez, 2009, p.55).

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).

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 público (Recio Juárez, 2016, p.116).

En este sentido, respecto al deber de registrar la pareja, se considera desde la doctrina que lo importante sería probar la existencia de un vínculo real entre el ciudadano europeo y la tercera persona, nexa 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 nexa 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 pareja (Recio Juárez, 2016, p.116).

En esta tesitura, cabe preguntarse qué ocurriría en el supuesto de que la pareja se separe legalmente o, de hecho. El Tribunal Supremo, en el fundamento de Derecho tercero de su sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de 1 de junio del 2010, 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 divorciada¹.

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 pareja (Recio Juárez, 2016, p.117).

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 comprendería sólo a los hijos naturales, o también a los adoptivos. En esta línea, la Circular FGE 7/2015 considera que dentro de dicho vocablo se incluirían también los hijos adoptivos².

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 comunitario (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 9 de enero de 2007. Asunto C-1/05-Yunying Jia y Migrationsverket, párrafo 22).

Esta dependencia económica viene a significar que el ciudadano comunitario o su cónyuge garantizan los recursos necesarios para la subsistencia del miembro de la familia³.

¹ *“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”.*

² p. 24.

³ 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*

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 pareja (Recio Juárez, 2016, p.118). 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 extracomunitario (Recio Juárez, 2016, p.118).

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 los supuestos anteriores, y que se encuentren en alguna de las siguientes circunstancias: 1) que en el país de procedencia estén 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 o los miembros 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 Miembros (Recio Juárez, 2016, p.119).

3.2. 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.

3.2.1. El régimen ordinario de expulsión penal de ciudadanos comunitarios

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.

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”.

3.2.1.1. 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 regladas (Martín Martínez, 2014, p.776; Villar Fuentes, 2013, p.8), 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 sujeto (Evelina Riestea, 2001, p.725; Martín Martínez, 2014, p.780). En este sentido, se considera que el concepto de orden público es más amplio que el de seguridad pública (Páez Méndez, 2009, p.60).

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 Europea (Recio Juárez, 2016, p.109).

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 sociedad (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 17 de noviembre de 2011, Asunto C-430/10-Hristo Gaydarov contra Director na Glavna direksia “Ohranitelna politsia” pri Ministerstvo na vatreshnite raboti, párrafo 33; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 8 de diciembre de 2011, Asunto C-371/08-Nural Ziebell contra Land Baden Württemberg, párrafo 82).

Por otro lado, por “seguridad pública”, entiende el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tanto la seguridad interior de un Estado Miembro como su seguridad exterior (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 11 de enero del 2000, Asunto C-285/98-Tanja Kreil contra Bundesrepublik Deutschland, párrafo 17; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 11 de marzo de 2003, Asunto C-186/01-Alexander Dory contra República Federal de Alemania, párrafo 32; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 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 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), pudiendo verse afectada la misma por un elenco 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 ella (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), 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 prisión (Kessedjian, 2007, p.29), 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 público (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 31 de enero de 2006, Asunto C-503/03, Párrafo 44), sino también, de la posibilidad de que el individuo prosiga con su conducta delictiva en el futuro (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 22 de mayo de 2012, Asunto C-348/09-P.I y Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid, párrafo 30), teniéndose también en cuenta los antecedentes que el mismo tenga en su país de origen o en otro país (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección segunda, núm 737/2015, de fecha 19 de noviembre 2015), sin olvidar que, aunque estas condenas previas sean un elemento evaluador de la peligrosidad del extranjero importante, no serán por sí solas suficiente (Evelina Ristea, 2001, p.730; Velasco Retamosa, 2013, p.78; Ortega Giménez, 2012, p.102; Páez Méndez, 2009, p.61).

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 España (PÁEZ MÉNDEZ, 2009, p.80).

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 proceder.

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 público (Boza Martínez, 2016, p.135) 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 origen (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 7 de diciembre de 2017. Asunto C-636/16-Willber López Pastuzano contra Delegación del Gobierno de Navarra, párrafo 26).

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 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, etc (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sección décima, núm 50/2016, de fecha 19 de enero de 2016).

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 público (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección cuarta, núm 527/2015, de fecha 3 de noviembre de 2012)

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 pública (Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección sexta, núm 75/2016, de fecha 7 de abril de 2016).

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 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 atribuía la etiqueta de 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 social (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección cuarta, núm 265/2015, de fecha 15 de septiembre de 2015), 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.

3.2.2. 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”⁴, hubieran

⁴ Todo lo indicado en el anterior epígrafe sobre orden público y seguridad pública resulta aplicable al aspecto que aquí se analiza.

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 pública (Roig Torres, 2014, p.479). 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 pública (Circular FGE 7/2015, p.31). En esta línea, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 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 gravedad (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 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, de fecha 8 de diciembre de 2011. Asunto C-371/08-Nural Ciebell contra Württemberg, párrafo 71).

3.2.2.1. 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 se debe calcular hacia atrás, teniendo como punto de referencia la fecha de la decisión de expulsión de esa persona (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).

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 legalmente (Recio Juárez, 2016, p.113).

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”(Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de fecha 16 de enero de 2014. Asunto C-400/12- Secretary Od State Fort he 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).

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.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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 residencia (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).

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. (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).

3.3. La proporcionalidad en la expulsión de los ciudadanos comunitarios

Tal y como se expone desde la doctrina, 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 frecuencia (Martín Martínez, 2014, p.778).

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 expulsión (Ortega Giménez, 2012, p.101). En esta tesitura, GONZÁLEZ TASCÓN critica con acierto que el artículo 89.4 omite este deber de revisión y valoración de los cambios que 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 ejecuta (González Tascón, 2014, p.190), desliz legislativo que ya había sido criticado por la doctrina en reiteradas ocasiones (Navarro Cardoso, 2006, p.175).

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 origen (Plasencia Domínguez, 2017, p.16).

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 expulsar (González Tascón, 2014, p.182). En efecto, tal y como expone el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 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 expulsión (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 116 y 123), 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 restrictivas (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).

En esta línea, resulta notoria la posición que mantiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al considerar que cuando la autoridad nacional adopte una decisión de expulsión de un ciudadano de la 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 delincuente (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).

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 expulsión.

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 delincuente (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).

3.4. La ausencia de controles en las fronteras interiores de la Unión Europea y la expulsión de ciudadanos comunitarios

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 personas (Hrebly, 1994, p.79), lo que *a sensu contrario*, suponía un reforzamiento de los controles en las fronteras exteriores con terceros Estados (Terradillos Basoco, 2008, p.202). 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 Europea (Olesti Rayo, 2012, pp.44-51).

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 Miembros (Moya Escudero, 2014, p.192) para ninguna persona, sean ciudadanos comunitarios, sean nacionales de terceros Estados (Martín y Pérez de Nanclares, 2002, p.75; García Coso, 2014, p.235).

Actualmente, en el artículo 77 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea 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 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 España (Boza Martínez, 2016, p.286; Ferrer Gutiérrez, 2011, p.213; Cugat Mauri, 2010, p.33; Fernández Torres, 2012, p.176; Recio Juárez, 2016, p.106; De la Rosa Cortina, 2004, p.3; Muñoz Lorente, 2004, p.451; Páez Méndez, 2009, p.78; Paz Rubio, 2004, p.167; Magro Servet & Solaz Solaz, 2010, 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 delinquirido en el mismo, considerando fundamental ponderar todas las circunstancias en juego antes de pronunciarse sobre la expulsión (Roig Torres, 2014, p.472).

IV. CONCLUSIONES

La reinserción social ha devenido un fenómeno que hoy en día sigue destacando por una ausencia de delimitación clara, puesto que su configuración como mandato orientador de las penas que realiza el Tribunal Constitucional resta importancia a tan fundamental fenómeno, dejando desprotegida la reinserción social de los internos, pues al otorgarle tal naturaleza jurídica no queda meridianamente claro cuáles van a ser los límites de la misma, los mecanismos de defensa de que se dispone así como su consideración.

Esta desprotección de la reinserción social, unida a la pérdida de credibilidad que la misma ha sufrido, fundamentalmente por la creencia de que las prisiones no sirven para reinsertar, ha provocado que el legislador penal haya venido adoptando, sobre todo desde el año 2003, una serie de medidas que en nada favorecen la reinserción social, y que han contribuido claramente a su declive, tendencia que va a afectar tanto a los internos nacionales como a los extranjeros. El resultado de esto ha sido la introducción, en el Código Penal, de la redacción del vigente art. 89. Se trata de un artículo que ha sido reformado en sucesivas ocasiones, la última de ellas por la LO 1/2015, y que entre otras medidas introduce la expulsión de los ciudadanos comunitarios infractores.

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, lo que posibilita que un ciudadano comunitario delinca en España y sea expulsado hacia su país comunitario de origen sin que desde un medio penitenciario se trabaje en lograr su reinserción en la sociedad.

De esta forma, la introducción en el artículo 89 del Código Penal de la posibilidad de expulsar a ciudadanos comunitarios constituye una de las modificaciones que muestra cómo la última reforma del artículo 89 tiene más que ver

con la potenciación de la expulsión de infractores extranjeros que con su reinserción social.

Con base en lo anteriormente expuesto, se puede concluir afirmando que a través de esta regulación se pone de manifiesto que la reinserción social de los extranjeros no es un objetivo del sistema penal español, ya que se aboga por la expulsión de los ciudadanos comunitarios a sabiendas de la ausencia de controles entre las fronteras interiores de la Unión Europea.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez García, F.J (2001). *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, España: Comares.

Boza Martínez, D (2016). *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, (1ª ed). Navarra, España.: Thomson Reuters.

Cugat Mauri, M (2010). La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros (art. 89). En G. Quintero Olivares. *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios* (pp.99-107).

Daunis Rodríguez, A (2016). *La ejecución de penas en España. La reinserción social en retirada*. Granada, España: Comares.

De la Cuesta Arzamendi, J.L (1989). Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización, *Eguzkilore, nº extraordinario 2*, 59-63.

De la Rosa Cortina, JM (2004). La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003, *Diario La Ley, 6042*, 1917-1927.

Díaz Martín, C. (2016). Consecuencias jurídicas en la ejecución de las penas en prisión derivadas de la LO 1/2015. *Revista Aranzadi doctrinal, 2*, 39-68.

Evelina Riestea, O (2001). Free movement of EU citizens: Limitations on grounds of public policy, public security and public health, *Challenges of the Knowledge Society Law, 11*, 724-736.

Fernández Torres, ME (2012). *La expulsión de extranjeros en el Derecho Penal*, (1ª edición). Madrid, España: La Ley.

Ferrer Gutiérrez, A (2011). *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, (1ª edición). Valencia, España: Tirant lo Blanch.

García Coso, E (2014). *La regulación de la inmigración irregular. Derechos Humanos y el Control de Fronteras en la Unión Europea*, (1ª edición). Madrid, España: Aranzadi.

González Collantes, T (2015). Auge y crisis de la resocialización. Crisis y auge de la pena de prisión, *Cuadernos de Política Criminal, nº115*, 161-200.

González Tascón, MM (2016). La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión, *Estudios Penales y Criminológicos*, 36, 131-197.

Iglesias Río, M. (2015). La expulsión de extranjeros. En G. Quintero Olivares. *Comentarios a la reforma penal de 2015* (pp.173-188).

Luzón Peña, DM (1979). *Medición de la pena y substitivos penales*. Madrid: España: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.

Magro Servet, V & Solaz Solaz, E. (2010). *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión* (1ª edición). Madrid: España: La Ley.

Manzanares Samaniego, JL (2008). *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, (1ª ed). Granada, España: Comares.

Mapelli Caffarena, B (1983). *Principios Fundamentales del sistema penitenciario*, (1ª edición). Barcelona, España: Bosch.

Martín Martínez, MM (2014). 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, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 49, 767-804.

Martín y Pérez de Nanclares, J (2002). *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, (1ª edición). Madrid, España: Cóllex.

Moya Escudero, M (2014). La seguridad y el control: Fundamento de las desigualdades en Europa. En I. Reig Fabado. *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea* (pp.187-212).

Muñoz Lorente, J (2004). 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, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº extraordinario 2, 401-482.

Navarro Cardoso, F (2006). Expulsión “penal” de extranjeros: Una simbiosis de Derecho Penal “simbólico” y Derecho Penal del “enemigo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología 2ª Época*, 17, 153-182.

Olesti Rayo, A (2012). El espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados Miembros de la Unión Europea, *REAF*, 15, 44-84.

Ortega Giménez, A (2012). España: El nuevo régimen de entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos comunitarios y “asimilados”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 13, 87-107.

Páez Méndez, M (2009). La expulsión de ciudadanos de la Unión Europea como medida que limita su derecho a la libertad de circulación y residencia, *Seguridad y Ciudadanía: Revista del Ministerio del Interior*, 2, 53-99.

Paz Rubio, JM (2004). Expulsión de extranjeros. En JA. Martín Pallín. *Extranjeros y derecho penal* (79-232).

Plasencia Domínguez, N (2017). Jurisdicción penal y medidas repatriativas de extranjería, *Diario La Ley*, 8984.

Recio Juárez, M (2015). Claves de la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal. *Diario La Ley*, 8602, 1-19.

Roig Torres, M (2014). 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. *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXIV, 423-509.

Terradillos Basoco, JM (2008). Las políticas penales europeas de inmigración. En L.M. Puente Aba., M. Zapico Barbeito y L. Rodríguez Moro. *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal* (pp.195-224).

Urías Martínez, J (2001). El valor constitucional del mandato de resocialización, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº63, 43-78.

Velasco Retamosa, JM (2013). Libre circulación de personas en la Unión Europea: Los nacionales de terceros Estados como beneficiarios de esta libertad, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 22, 52-85.

Villar Fuentes, MI (2013). 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, *Revista Internacional Doctrina y Jurisprudencia*, 4, 1-16.