

LA EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Fátima Flores Mendoza

Profesora Asociada de Derecho Penal
Universidad de La Laguna

RESUMEN

Análisis del régimen jurídico establecido en los artículos 89 y 108 del Código Penal español, por el que se sustituyen penas y medidas de seguridad privativas de libertad por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España.

PALABRAS CLAVE: Código Penal español, expulsión, extranjero ilegal.

ABSTRACT

Analyse of the juridic treatment of articles 89 and 108 of the Spanish Penal Code, in which penalties are substituted for expulsion in case of illegal foreing delinquents.

KEY WORDS: Spanish Penal Law, expulsion, illegal foreingner.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este estudio, la expulsión del extranjero como consecuencia jurídico-penal, se halla recogido en los artículos 89 y 108 del Código Penal español de 1995. Aquélla se establece como una alternativa a la ejecución de determinadas penas y medidas de seguridad privativas de libertad. Así, mientras el artículo 89 introduce la expulsión como una alternativa a la ejecución de concretos supuestos de penas privativas de libertad impuestas al extranjero que haya cometido determinadas infracciones jurídico-penales en nuestro país, el artículo 108 recurre a ella como alternativa a la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad impuestas al extranjero en las mismas circunstancias.

El presente trabajo tiene por objetivo analizar el régimen jurídico de esta consecuencia jurídico-penal en ambos supuestos: como alternativa a la ejecución de determinadas penas privativas de libertad y como alternativa a la ejecución de medidas de seguridad privativas de libertad. Pero antes de abordar ambos tratamientos jurídicos, considero conveniente indicar cuáles son los antecedentes jurídicos de esta figura.



2. ANTECEDENTES JURÍDICOS RECIENTES DE LA EXPULSIÓN JURÍDICO-PENAL

El Código Penal derogado¹ no incluía la expulsión entre sus alternativas a las penas privativas de libertad impuestas a extranjeros². No obstante, contaba con una pena que recuerda mucho a ésta: el extrañamiento³. El artículo 86 del derogado Código Penal establecía: «El sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español por el tiempo de la condena». El extrañamiento constituía una pena grave, con una duración de doce años y un día a veinte años⁴, que, como se puede comprobar, no estaba destinada exclusivamente a los extranjeros.

Las únicas referencias a la expulsión del extranjero en la legislación jurídico-penal anterior las encontramos en la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social⁵ y en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, la denominada Ley de Extranjería de 1985⁶.

A diferencia del Código Penal de 1973, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social sí recogía la expulsión del extranjero en su catálogo de medidas de seguridad⁷. Sin embargo, en comparación con el artículo 108 del nuevo Código Penal, como se comprobará más abajo, la expulsión del extranjero se establecía como una

¹ V. Decreto 3.096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

² A diferencia del Código Penal de 1928 que —como ha señalado Serrano Butragueño, I.: Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia): Serrano Butragueño, I. (coord.). Granada: Comares, 1998, p. 750— en su artículo 90 incluía en su regla cuarta «la expulsión de los extranjeros», como medida de seguridad complementaria de las consecuencias jurídico-penales correspondientes, y a la que se debía acudir una vez se hubiese extinguido la condena.

³ Estableciendo también la similitud, v. PÉREZ ALONSO, E.J.: «La expulsión de extranjeros: algunas consideraciones en torno al régimen de detención preventiva e internamiento de extranjeros». En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al profesor José Antonio Sáinz Cantero*, 1987, II, p. 78 y ss.

⁴ V. el artículo 30 del Código Penal de 1973.

⁵ Publicada en el *BOE* núm. 187, de 6 de agosto de 1970.

⁶ Publicada en el *BOE* núm. 158, de 3 de julio de 1985. Recientemente, esta Ley ha sido derogada por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, a su vez reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la anterior. Publicadas respectivamente en el *BOE* núm. 10, de 12 de enero de 2000, y en el *BOE* núm. 307, de 23 de diciembre de 2000.

⁷ El artículo 5 de la Ley 16/1970, de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto, establecía en su catálogo de medidas de seguridad y rehabilitación social, como duodécima medida, la «Expulsión del territorio nacional cuando se trate de extranjeros. El sujeto a esta medida de seguridad no podrá volver a entrar en España durante el plazo de tres años». Esta medida se mantuvo sin alteraciones en la Ley 43/1974, de 28 de noviembre, que modificó en varios artículos la ley anterior (*BOE* núm. 287, de 30 de noviembre de 1974). La aplicación de esta medida fue desarrollada por el artículo 13 del Decreto 1144/1971, de 13 de mayo, que recogía el Reglamento para la aplicación de la Ley de 4 de agosto de 1970 (*BOE*, núm. 132, de 3 de junio de 1971).

medida de seguridad principal y alternativa a las correspondientes medidas de seguridad recogidas en cada caso para el delincuente peligroso⁸.

Por su parte la Ley de Extranjería de 1985 también recogía la expulsión, pero esta vez como alternativa a la ejecución de las penas establecidas para los delitos menos graves⁹. Ello permitía recurrir a la expulsión del extranjero cuando éste hubiese sido condenado en sentencia firme por un delito menos grave, que se correspondía con todos aquéllos castigados con pena igual o inferior a la prisión menor, lo que actualmente representaría una pena de prisión igual o inferior a los seis años.

Asimismo, establecía la expulsión como sanción administrativa para determinadas infracciones establecidas en la Ley, entre las que se encontraba la de que el extranjero hubiese sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituyese en nuestro país delito sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año¹⁰, o

⁸ El artículo 7 de la Ley establecía: «Si los declarados peligrosos fueran extranjeros, el Juez podrá imponerles las medidas del artículo precedente que correspondan o la de expulsión del territorio nacional, sin perjuicio de aplicarles, además, las que sean compatibles con dicha expulsión y figuren en cada supuesto de peligrosidad». No obstante, del artículo 13 de su Reglamento parecía desprenderse todo lo contrario, esto es, que la expulsión se presentaba como una medida de seguridad para extranjeros de carácter sustitutivo. En su número 2, este artículo señalaba: «La expulsión y las medidas *a las que ésta sustituya*, se anotarán en la Dirección General de Seguridad, que lo comunicará a sus servicios». El número 6 del mismo artículo confirmaba esta interpretación, al indicar: «La expulsión *sustitutiva* no podrá llevarse a efecto mientras el extranjero afectado tenga pendiente cualquier responsabilidad por delito que exija su presencia en el territorio nacional». (La cursiva es mía).

⁹ El artículo 21.2, párrafo segundo de la Ley, señalaba: «Si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta». El propio artículo 21.2, en su párrafo primero, determina qué se debe entender por delito menos grave, señalando que será todo aquél castigado «en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor». V. la redacción de este párrafo más abajo. La pena de prisión menor estaba clasificada en el Código Penal de 1973 como pena grave, pudiendo ser su duración de seis meses y un día a seis años de privación de libertad continuada, conforme al artículo 30 del derogado Código Penal.

¹⁰ El artículo 26 de la Ley señalaba: «1. Los extranjeros podrán ser expulsados de España, por resolución del Director de la Seguridad del Estado, cuando incurran en alguno de los supuestos siguientes: a) Encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fueran exigibles. b) No haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con permiso de residencia válido. c) 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. d) Haber sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados. e) Incurrir en demora u ocultación dolosa o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior, las circunstancias relativas a su sustitución, de acuerdo con el artículo 14. f) Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad, o desarrollar actividades ilegales». Esta posibilidad se mantiene en la nueva Ley Orgánica 4/2000, aunque con ciertos límites. V. al respecto la nueva redacción (dada por la Ley Orgánica 8/2000) de los números 2 y 8 del artículo 57 de la Ley.



como alternativa al procedimiento por delitos menos graves¹¹, en virtud del principio de oportunidad¹².

Por tanto, antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, la expulsión del extranjero, como alternativa a la ejecución de las penas privativas de libertad, se hallaba regulada en la Ley Orgánica de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España de 1985, cuya redacción era equivalente a la del actual artículo 89 del Código Penal, mientras que la expulsión del extranjero, como alternativa a la ejecución de las medidas de seguridad, se hallaba recogida en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, cuyo tenor literal se asemejaba al actual artículo 108 del Código Penal.

Con el Código Penal de 1995, el recurso a la expulsión del extranjero como alternativa a la ejecución de las consecuencias jurídico-penales impuestas por la comisión de una infracción penal se traslada de la legislación penal especial al Código Penal¹³. Sin embargo, esta incorporación al principal texto penal ya constituía la intención del legislador desde el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, al menos por lo que respecta a la expulsión como alternativa a las medidas de seguridad¹⁴.

Este Proyecto de 1980, al incorporar las medidas de seguridad al Código Penal, incluyó entre ellas la expulsión del extranjero¹⁵, presentándose en esta ocasión, a diferencia de lo que ocurría en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, como medida de seguridad sustitutiva de las medidas de seguridad correspondientes al estado peligroso del delincuente extranjero¹⁶.

¹¹ El artículo 21.2, párrafo primero de la Ley, declaraba: «Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1». Este precepto se mantiene de forma similar en la nueva Ley Orgánica 4/2000, en su artículo 57.7 (reformado por la ley Orgánica 8/2000).

¹² Como así apunta SERRANO PASCUAL, M.: *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*. Madrid: Trivium, 1999, p. 385.

¹³ Incorporación que ha sido calificada de innecesaria por algunos autores, al considerar que los supuestos contenidos en el Código Penal ya estaban incluidos en la Ley de Extranjería. De esta opinión GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*: Gonzalo Quintero Olivares (dir.). Pamplona: Aranzadi, 1996, p. 547 y ss.; SÁNCHEZ YLLERA, I.: *Comentarios al Código Penal de 1995*: Tomás S. VIVES ANTÓN (coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, vol. I, 1996, p. 505.

¹⁴ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, núm. 108-I, de 17 de enero de 1980.

¹⁵ El artículo 135 establecía como décimo-primer medida de seguridad la «Expulsión de extranjeros del territorio nacional. El sujeto a esta medida no podrá volver a entrar en España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder de quince años».

¹⁶ Al respecto v. el artículo 138 del Proyecto que señalaba: «Si el sujeto fuera extranjero, el órgano jurisdiccional podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional

Por su parte, la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983¹⁷, con una redacción similar al Proyecto de 1980, mantiene la expulsión del extranjero como medida de seguridad sustitutiva de las medidas de seguridad aplicadas al delincuente extranjero¹⁸.

Fue con el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal 102/1992, de 23 de septiembre¹⁹, cuando se introdujo por primera vez la expulsión del extranjero no residente legalmente en España como alternativa a determinadas penas privativas de libertad, en su artículo 89²⁰. Como ya se ha señalado, hasta ese momento la expulsión del extranjero como alternativa a la ejecución de las penas privativas de libertad tan sólo se hallaba regulada en la Ley de Extranjería de 1985. Asimismo, el Proyecto de 1992 mantuvo en el artículo 111 la expulsión del extranjero en sustitución de las medidas de seguridad que le correspondiesen²¹.

Establecidos los antecedentes más inmediatos de los artículos 89 y 108 del Código Penal de 1995, paso a continuación a analizar el tratamiento jurídico de la expulsión, como consecuencia jurídico-penal alternativa a determinadas penas y medidas de seguridad impuestas a los extranjeros que hayan cometido alguna infracción jurídico-penal en nuestro país.

como sustitutiva de las demás medidas de seguridad que le fueren aplicables, sin perjuicio de cumplir en su caso, la pena que le hubiere sido impuesta».

¹⁷ Publicado por la Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1983.

¹⁸ En el artículo 86.3.4º se introduce entre las medidas de seguridad no privativas de libertad «La expulsión de extranjeros del territorio nacional». En el artículo 106 se establece: «1. Si el sujeto fuere extranjero, el Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las demás medidas de seguridad que le fueren aplicables, sin perjuicio de cumplir, en su caso, la pena que le hubiere sido impuesta. 2. El sujeto a esta medida no podrá volver a entrar en España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder de quince años».

¹⁹ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de septiembre de 1992 (núm. 102-I).

²⁰ El mismo establecía: «1. No obstante, lo dispuesto en el artículo anterior, las penas privativas de libertad no superiores a dos años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas, a instancia del Ministerio Fiscal, por su expulsión del territorio nacional. 2. Al extranjero condenado a pena privativa de libertad superior a dos años e inferior a seis se le podrá sustituir dicha pena, a instancia del Ministerio Fiscal, por la expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces y Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, y previa audiencia del penado, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. 3. El extranjero no podrá regresar a España, como mínimo en un plazo de tres años desde la fecha de la expulsión, o por el triple de la duración de las penas privativas de libertad que le fueron impuestas, si este plazo es mayor. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hubieren sido sustituidas, sin perjuicio, de lo dispuesto en el artículo 451 de este Código».

²¹ El artículo 111 señalaba: «1. Si el sujeto fuere extranjero, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le fueren aplicables. 2. El sujeto a esta medida no podrá volver a entrar en España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder de diez años».



3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXPULSIÓN EN EL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL

3.1. NATURALEZA DE LA ALTERNATIVA AL CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD RECOGIDA EN EL ARTÍCULO 89: ¿SUSTITUCIÓN, SUSPENSIÓN, LIBERTAD CONDICIONAL O CUARTA ALTERNATIVA A LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD?

Artículo 89. 1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenando a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa.

4. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal²².

El artículo 89 del Código Penal de 1995 se halla situado en la Sección Segunda, relativa a la «Sustitución de las penas privativas de libertad», del Capítulo III, correspondiente a «Las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad», del Título III «De las penas» del Libro Primero del Código Penal.

En atención a su situación sistemática y a los términos de la redacción de su número primero²³, la doctrina analiza esta figura en el ámbito de la sustitución de las penas cortas privativas de libertad del artículo 88 del Código Penal²⁴⁻²⁵. Sin em-

²² Este último apartado del precepto ha sido introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

²³ En el que se establece, como se acaba de comprobar, que determinadas penas privativas de libertad podrán ser *sustituidas* por la expulsión del territorio nacional.

²⁴ De la que se ocupa, concretamente, el artículo 88 del Código Penal, situado en la Sección Segunda del Capítulo III del Libro Primero del Código, ya citados.

²⁵ Entre otros v. SERRANO PASCUAL, M.: *Las formas sustitutivas de la prisión*, p. 384 y ss.; GRACIA MARTÍN, L.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*: Luis Gracia Martín, Miguel Ángel Boldova Pasamar y M^a Carmen Alastuey Dobón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 257 y ss.; MOLINA BLÁZQUEZ, M.C.: *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*. (2^a ed. actualizada), Barcelona: Bosch, 1998, p. 76 y ss.; DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguri-*

bargo, no se desconoce que la figura contenida en el artículo 89 no responde en su totalidad al régimen de la sustitución²⁶. Esta disparidad entre los dos regímenes ha llevado a la doctrina a mantener diversas posiciones respecto a la naturaleza jurídica de dicha figura.

Un gran número de autores, como se acaba de indicar, analizan el artículo 89 en el ámbito de la sustitución, como una especialidad de ésta²⁷. A favor de esta posición nos llevaría la situación sistemática del artículo 89 —dentro de la Sección Segunda del Capítulo III del Título III del Libro I del Código Penal, y a continuación del artículo 88— y el propio tenor literal del citado precepto, que utiliza expresamente el término «sustitución»²⁸. Sin embargo, la propia situación sistemática no es decisiva, pues la misma, esta vez haciendo mayor hincapié en el Capítulo III y no en la Sección Segunda de aquél, nos puede conducir a interpretar que el término «sustitución» del artículo 89 no se utiliza en sentido estricto, haciendo referencia a la figura contenida en el artículo 88, sino en sentido amplio, como alternativa a la ejecución de las penas privativas de libertad, de la misma forma que las otras alternativas del Capítulo III, esto es, la suspensión, la sustitución o la libertad condicional, indistintamente.

Por otro lado, el estudio del régimen jurídico establecido en el artículo 89, como se tendrá oportunidad de comprobar, nos muestra la existencia de numerosas diferencias que le separan del tratamiento de la sustitución del artículo 88²⁹. En primer lugar, porque no se sustituye verdaderamente una pena por otra, ya que la expulsión no constituye una pena, al menos formalmente, al no hallarse en el catálogo de penas del Código Penal³⁰. En segundo lugar, porque de regresar el extranje-

dad en el nuevo Código, Barcelona: Bosch, 1997, p. 485 y ss.; 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*, Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 129; LLORCA ORTEGA, J.: *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995* (4ª ed.), Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 254.

²⁶ En este sentido v. SERRANO PASCUAL, M.: *Las formas sustitutivas de la prisión*, pp. 387 y 389; DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad*, p. 485 y s.; AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas, medidas de seguridad*, p. 130; LLORCA ORTEGA, J.: *Manual de determinación de la pena*, p. 253 y ss.

²⁷ Éste es el caso de MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*. (5ª ed.), Barcelona, 1998, p. 728. No obstante, haciendo notar que no responde al concepto estricto de sustitución, v. RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal». En *Jueces para la Democracia*, 1998, 3, p. 59 y ss. y 64; LLORCA ORTEGA, J.: *Manual de determinación de la pena*, p. 253 y ss.; de la misma opinión DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad*, p. 485 y s., que la considera «alternativa a la prisión». En esta línea también SERRANO PASCUAL, M.: *Las formas sustitutivas de la prisión*, pp. 387 y 389, y AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas, medidas de seguridad*, p. 130.

²⁸ Como también ha indicado DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad*, p. 485.

²⁹ Como, por ejemplo, la ausencia de límites temporales en las penas privativas de libertad sustituibles, la ausencia de módulos de conversión, la sustitución por una consecuencia jurídico-penal que no se halla en el catálogo de penas del Código Penal, los requisitos para proceder a la sustitución, etc.

³⁰ En este sentido v. DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad*, p. 486. De forma similar MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito*. (3ª ed.), Madrid: Civitas, 1996, p. 109.



ro a nuestro país antes de lo establecido deberá cumplir la pena por la que fue condenado, sin que se le descuente de su duración el tiempo transcurrido fuera de nuestro país, como así ocurre en el régimen de la sustitución³¹.

Otra posición considera que el mismo se asemeja más a la suspensión de la ejecución de las penas cortas privativas de libertad prevista en los artículos 80 y siguientes del Código Penal³². En este sentido se argumenta que, al igual que en la suspensión, en los supuestos del artículo 89 se deja la ejecución de la pena en suspenso con la única condición de que no regrese a nuestro país en un tiempo determinado, pues de lo contrario deberá cumplir la pena que en su momento se dejó de aplicar. En mi opinión, si bien el régimen del artículo 89 se asemeja más a una suspensión que a una sustitución, no se debe olvidar que la condición esencial en la suspensión es la prohibición de delinquir durante un plazo determinado, mientras que aquí la única condición es que el extranjero no regrese a nuestro país antes de lo establecido.

Finalmente, también se ha defendido que la misma presenta una doble naturaleza, sustitución o suspensión en unos casos y libertad condicional (artículos 90 y ss. del Código Penal) en otros³³.

A salvo de la referencia al cumplimiento de las tres cuartas partes de la pena de prisión impuesta al extranjero no residente legalmente en España y de la interpretación del artículo 197 del Reglamento Penitenciario de 1996³⁴, que desarrolla

³¹ No obstante, defiende que se tome en cuenta el período transcurrido fuera del territorio español, RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero», p. 67 y ss. A tal efecto, siguiendo la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal, propone que cada día de prisión equivalga a tres días ausente y que un arresto de fin de semana se corresponda con seis días de ausencia. V. este autor, *lug. cit.* Sin embargo, en mi opinión no tiene sentido que al extranjero expulsado que regresa a España antes de lo permitido se le descuente el tiempo transcurrido fuera de nuestro territorio, al menos por lo que respecta a los supuestos en los que el extranjero es condenado con penas privativas de libertad inferiores a seis años, pues no se debe olvidar que en estos casos el individuo queda en libertad al salir de España.

³² De esta opinión, pero sólo respecto al primero de los supuestos establecidos en el artículo 89, MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 109.

³³ Sobre los supuestos de esta figura v. *infra* epígrafe 3.2. Defendiendo el binomio suspensión/libertad condicional, v. MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 109 y ss. En cambio, PRATS CANUT, J.M.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*: Gonzalo Quintero Olivares (dir.). Pamplona: Aranzadi, 1996, p. 490, y GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 124 y ss., parecen decantarse por la doble naturaleza de sustitución/libertad condicional. Sin inclinarse por uno u otro, pero afirmando la doble naturaleza SERRANO BUTRAGUENO, I.: *Código Penal de 1995*, p. 751. Ésta también parece ser la interpretación que ha hecho el Reglamento Penitenciario de 1996 del artículo 89 del Código Penal. Sobre esta cuestión, v. SERRANO PASCUAL, M.: *Las formas sustitutivas de la prisión*, p. 384; DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad*, p. 492 y ss. En contra de esta posición, v. SERRANO PASCUAL, M.: *Las formas sustitutivas de la prisión*, p. 387; DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad*, p. 492; LLORCA ORTEGA, J.: *Manual de determinación de la pena*, p. 254.

³⁴ V. el Real Decreto 190/1006, de 9 de febrero, que regula el Reglamento Penitenciario (BOE núm. 40, de 15 de febrero de 1996). Su artículo 197 establece: «1. En el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa

el segundo inciso del artículo 89.1 del Código Penal, considero que el régimen del artículo 89 nada tiene que ver con la libertad condicional. Por un lado, la expulsión recogida en el artículo 89 no está sometida a las exigencias de la libertad condicional establecidas en el artículo 90 del Código Penal, como la necesidad de que el condenado se halle en el tercer grado de tratamiento penitenciario y que durante el mismo haya observado buen comportamiento y exista un pronóstico favorable de reinserción social, como así parece interpretar el artículo 197 del Reglamento Penitenciario³⁵. Por otro lado, la condición principal, esto es, la obligación de no delinquir durante el último período de cumplimiento de la pena, tampoco está presente en la regulación del artículo 89, siendo sustituida por la obligación de no regresar a nuestro país durante un tiempo determinado. Por ello el quebrantamiento de esta única condición no se traduce en el descuento del tiempo transcurrido fuera del territorio nacional en el cómputo de la última cuarta parte de la condena, como sería lo propio en un supuesto de libertad condicional, conforme al artículo 93 del Código Penal³⁶. Asimismo, sería criticable tanto la sistemática empleada por el Código Penal como la competencia otorgada al tribunal sentenciador y no al juez de vigilancia penitenciaria, como se comprobará más abajo³⁷. En consecuencia, considero que la aplicación de lo establecido en el artículo 89 sería compatible con el régimen de la libertad condicional, no debiendo interpretarse, a pesar de la redacción del artículo 197 del Reglamento Penitenciario, que tras el cumplimiento de las tres cuartas partes de la pena privativa de libertad correspondiente por parte del extranjero no residente legalmente en España procede exclusivamente la expulsión³⁸.

conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna. 2. Con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el artículo 89 del Código Penal, con antelación suficiente, se comunicarán al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en el que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas».

³⁵ En el mismo sentido RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero», p. 65.

³⁶ El citado precepto establece: «El período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho período el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional».

³⁷ Sobre esta cuestión v. GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación de penas*, p. 125.

³⁸ No obstante, apuntando los problemas de interpretación que pueden surgir de la diversa redacción de estos preceptos PRATS CANUT, J.M.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 491; SÁNCHEZ YLLERA, I.: *Comentarios al Código Penal*, p. 507 y ss. Mir Puig ha criticado de injusta la expulsión del extranjero en el que concurran las condiciones establecidas por el Código Penal para acceder



En mi opinión, la figura contenida en el artículo 89 no responde a ninguna de las alternativas del Capítulo III, ya mencionado, relativo a las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad, porque su fundamento y fin son diferentes a los de aquéllas. La figura del artículo 89, a diferencia de las otras, no persigue la reeducación y reinserción social del delincuente. Tampoco su fundamento se halla en la innecesariedad de la ejecución de la pena privativa de libertad sustituida por la expulsión desde los fines de prevención general y prevención especial de las penas, como es el caso de las alternativas genéricas (suspensión, sustitución y libertad condicional). Muy al contrario, tanto su fundamento como su fin son político-criminales, basados en razones de oportunidad: por un lado, paliar de alguna forma el problema de la inmigración ilegal y, por otro, reducir la masificación de los centros penitenciarios en nuestro país³⁹⁻⁴⁰.

a la libertad condicional (art. 90), proponiendo proceder a la expulsión de estos reclusos sólo en los casos en los que no concurren dichas circunstancias. V. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, p. 728. Por su parte SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: *Código Penal de 1995*, p. 752 propone la aplicación del artículo 197 cuando sea el penado quien inste marcharse, y el artículo 89 en el caso contrario, cuando se niegue o no lo solicite.

³⁹ En este sentido, SERRANO PASCUAL, M.: *Las formas sustitutivas de la prisión*, pp. 387, 388 y 389; DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad*, p. 486; GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación de penas*, p. 124; MIR PUIG, S.: «Alternativas a la prisión en el nuevo Código Penal». En *Jornadas sobre el nuevo Código Penal celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*: Adela Asúa Batarrita (ed.). Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1998, p. 65; AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas, medidas de seguridad*, p. 130; PRATS CANUT, J.M.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 490; MANZANARES, J.L. y CREMADES, J.: *Comentarios al Código Penal*. Madrid: La Ley-Actualidad, 1996, p. 47; MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 109; PÉREZ PÉREZ, J.J.: «La expulsión del extranjero en el Proceso Penal». En *Cuadernos de Derecho Judicial. Extranjeros*. Consejo General del Poder Judicial, 1994, núm. XXXVII, p. 528. De forma similar, MARTÍNEZ MONTIJANO, M.C.: *Manual para la ejecución de las penas y medidas de seguridad*: M^a. del Carmen Martínez Montijano y José Golderos Cebrián. Madrid: Colex, 1999, p. 242. En la misma línea, se ha señalado que la regulación del artículo 89 permite el adelantamiento de una expulsión que posteriormente se va a producir conforme a lo establecido en la Ley de Extranjería, como consecuencia de la comisión de un delito. De esta opinión GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 547; SÁNCHEZ YLLERA, I.: *Comentarios al Código Penal*, p. 569. SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: *Código Penal de 1995*, p. 750, defiende que los fundamentos de esta alternativa son, por un lado, la seguridad y, por otro, razones de carácter económico. Respecto al primero señala que la seguridad «se puede ver más fácilmente amenazada por los delincuentes extranjeros carentes de residencia legal en España y, probablemente, carentes también de trabajo, de dinero, de domicilio fijo, de arraigo familiar..., durante las fases que se encuentren en libertad (permisos de salida, tercer grado, libertad condicional)». No obstante, en mi opinión, ello no deber ser así siempre, puesto que de no procederse a la expulsión, la consecuencia inmediata es el cumplimiento de la pena privativa de libertad, y porque los posibles permisos de salida, el régimen de tercer grado o la libertad condicional son facultativos. Todo ello sin perjuicio de que finalmente también se pueda proceder a la expulsión, esta vez como medida administrativa, conforme al artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, conforme a la redacción establecida por la Ley Orgánica 8/2000.

⁴⁰ Objetivos que ya estaban presentes en la antigua Ley de Extranjería de 1985. En este sentido SERRANO PASCUAL, M.: *Las formas sustitutivas de la prisión*, p. 385; PÉREZ PÉREZ, J.J.: *La expulsión del extranjero*, p. 528.

Por ello considero que toda la regulación del artículo 89 debe analizarse exclusivamente en función de las razones político-criminales que la inspiran y al margen de las figuras establecidas en el Capítulo III, lo que conduce a presentarla como una cuarta alternativa a la ejecución de las penas privativas de libertad⁴¹ (o, en todo caso, como una sustitución *sui generis*, con fundamento y fin propios y diversos a los del régimen general de sustitución del artículo 88), aunque de aplicación preferente respecto a las otras alternativas⁴².

Si no fuese así, no se entendería el diverso tratamiento que le asigna el Código Penal a los extranjeros no residentes legalmente en España frente a los que sí lo son. En el supuesto de que se haya cometido un delito castigado con penas privativas de libertad inferior a los dos años, mientras a los primeros se les puede expulsar, quedando posteriormente en libertad⁴³, los segundos deben cumplir condena, salvo que se hallen en las condiciones para acceder a la suspensión, sustitución o libertad condicional, en cuyo caso estarán obligados a no volver a delinquir o a cumplir determinadas obligaciones tendentes a procurar su reinserción social, obligaciones que no cuentan para los extranjeros no residentes legalmente en nuestro país. En el supuesto de que el delito cometido haya sido castigado con pena privativa de libertad igual o superior a los dos años, mientras a los primeros igualmente se les puede expulsar, quedando posteriormente en libertad, a salvo de cumplir una parte de la pena, si ésta fuese igual o superior a los seis años, los segundos deben cumplir la totalidad de su condena, sin perjuicio de poder acceder a la libertad condicional, si cumplieren sus condiciones. Sin embargo, en mi opinión, las necesi-

⁴¹ En el mismo sentido DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad*, p. 486.

⁴² Ello supondría que en los casos de extranjeros no residentes legalmente en nuestro país condenados con penas de prisión inferior a seis años, el juez correspondiente podría expulsar al condenado conforme al artículo 89. Pero en el supuesto de que no lo hiciese, al ser una medida de carácter facultativo, podría acudir al resto de medidas establecidas en el citado Capítulo III, esto es, suspender la ejecución de la pena o sustituirla por arresto de fin de semana o multa, opción esta última que, de ser elegida, tendría carácter obligatorio conforme a lo establecido en el artículo 71.2 del Código Penal. (Este precepto recoge la sustitución obligatoria cuando por aplicación de las reglas de determinación de la pena, ésta se corresponda con una pena concreta de prisión inferior a los seis meses, sin perjuicio de que la ejecución de la misma pueda ser suspendida, en esta ocasión, facultativamente.) A otra conclusión se llegaría en este supuesto si entendiésemos que la «sustitución» del artículo 89 representa una especialidad del régimen general del artículo 88, en atención al sujeto al que va referido. En efecto, en los casos de penas de prisión inferior a los seis meses se podría interpretar, siguiendo el tenor literal del artículo 71.2, que la expulsión es obligatoria cuando el condenado sea un extranjero no residente legalmente en España, puesto que el citado precepto remite a la Sección Segunda, del Capítulo III del Título III del Código Penal, sección en la que se encuentra también la sustitución propia del artículo 89.

⁴³ Al respecto SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: *Código Penal de 1995*, p. 753, ha puesto de manifiesto el efecto criminógeno de esta alternativa, pues «Si los extranjeros [no residentes legalmente en España] llegan a conocer que su único riesgo al delinquir en España es la expulsión del país, aumentarán considerablemente los delitos cometidos por ellos, al no frenarles la amenaza de la pena privativa de libertad como factor de inhibición». (El contenido de los corchetes es mío.)



dades de retribución y prevención son iguales en unos y otros supuestos, sobre todo cuando se trata de penas privativas de libertad de larga duración, de tal forma que en ningún caso se puede defender que el cumplimiento de la pena no sea necesario desde tales perspectivas. Consecuentemente, el diverso tratamiento asignado a los condenados, sean o no extranjeros y, en este último caso, tengan o no la residencia legalizada en nuestro país, ha sido calificado de discriminatorio⁴⁴.

Por otro lado, si la ausencia de necesidad de imposición de la pena al extranjero desde perspectivas preventivas hubiese sido la intención del legislador al redactar el artículo 89, ésto resultaría superfluo, pues ya existen en nuestro ordenamiento jurídico otros instrumentos que velan por la reinserción social del extranjero que ha sido condenado en nuestro país. Mediante dos instrumentos de colaboración judicial internacional como son la extradición y la ejecución de sentencias penales extranjeras⁴⁵, el cumplimiento de la pena privativa de libertad a la que hubiese sido condenado el extranjero podrá ser ejecutada fuera de nuestras fronteras, generalmente en el país de origen o de residencia habitual del condenado. Ambas figuras ofrecen un pronóstico más favorable de reinserción social, sin que suponga menoscabo de las exigencias de prevención general y reafirmación del ordenamiento jurídico del estado en el que la sentencia fue dictada⁴⁶.

En la misma línea se presenta el artículo 197 del actual Reglamento Penitenciario que permite que el cumplimiento de la última fase de las penas privativas de libertad, esto es, la fase de libertad condicional, se lleve a cabo en el país de residencia del extranjero⁴⁷.

Teniendo en cuenta que estos otros instrumentos de colaboración judicial internacional, fundamentalmente los primeros, sirven a los fines de la pena (reafirmación del Derecho y prevención general y especial), posibilitando asimismo el cumplimiento de los fines político-criminales de la expulsión jurídico-penal (mitigar los efectos de la inmigración ilegal y la masificación en los centros penitenciarios), considero que sería preferible acudir a ellos en lugar de a la expulsión. Igualmente en los supuestos en los que no existiesen acuerdos internacionales con los países de origen o residencia del extranjero no debería procederse a la expulsión, con el objeto de garantizar los fines de la pena y los principios de igualdad y no discriminación entre los condenados, como ya se ha comentado. De igual forma, cuando los países de origen o residencia no ofreciesen garantías de respeto a los

⁴⁴ En este sentido, v. a MARTÍNEZ MONTIJANO, M.C.: *Manual para la ejecución de las penas*, p. 242. Rechazando asimismo la regulación de la expulsión del artículo 89 del Código Penal, MIR PUIG, S.: «Alternativas a la prisión», p. 65; MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 109.

⁴⁵ Ambos instrumentos pueden ser utilizados en España gracias a los acuerdos internacionales que se han suscrito con determinados países.

⁴⁶ Sobre esta cuestión v. más ampliamente CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. 1. Introducción*. (5ª ed.). Madrid: Tecnos, 1996, p. 219 y ss.

⁴⁷ V. el texto de este precepto más arriba nota 34.

derechos humanos, no sería conveniente acudir a los instrumentos de colaboración judicial internacional, pero por las mismas razones tampoco debería procederse a la expulsión del extranjero no residente legalmente en nuestro país. En mi opinión, por encima de las razones político-criminales que fundamentan la expulsión debería primar la garantía de respeto a los derechos humanos de los condenados.

Establecida la naturaleza jurídica de la figura contenida en el artículo 89 del Código Penal, paso a continuación a comentar su tratamiento jurídico, deteniéndome, no obstante, por exigencias de su situación sistemática, en las particularidades que la diferencian de la sustitución genérica del artículo 88.

3.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

La expulsión del territorio nacional del artículo 89 está establecida, siguiendo el tenor literal del número primero del precepto, para «el extranjero no residente legalmente en España», cuando haya sido condenado con pena privativa de libertad inferior a los seis años o para el «extranjero» al que se le haya impuesto una pena de prisión igual o superior a seis años.

En principio, como se puede comprobar, de la redacción del artículo parece desprenderse la existencia de dos supuestos de expulsión: uno, la expulsión del extranjero no residente legalmente en España, y dos, la expulsión del extranjero, con independencia de cuál sea su situación en nuestro país⁴⁸. Por tanto, cabría realizar dos interpretaciones de este número primero del artículo 89⁴⁹. La primera, siguiendo la redacción del precepto, llevaría a defender la existencia de dos supuestos: el del extranjero no residente legalmente en España, para el primero de los casos (cuando aquél haya sido condenado con una pena privativa de libertad inferior a los seis años), y el del extranjero, esté o no legalizada su residencia en España, para el segundo (cuando la pena impuesta sea de prisión igual o superior a los seis años)⁵⁰. La segunda interpretación, dejando al margen los términos del precepto, supondría defender que éste va dirigido al extranjero no residente legalmente en España, cualquiera que fuera la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto⁵¹. A esta

⁴⁸ Esta misma distinción se introdujo por primera vez en el artículo 89 del Proyecto de 1992, ya citado. A diferencia de lo establecido en la Ley de Extranjería de 1985, que tan sólo hacía referencia al «extranjero».

⁴⁹ Como así ha puesto de manifiesto AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas, medidas de seguridad*, p. 129 y ss.

⁵⁰ A favor de esta interpretación v. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; ARROYO ZAPATERO, L.; GARCÍA RIVAS, N.; FERRÉ OLIVÉ, J.C. y SERRANO PIEDECASAS, J.R.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. (2ª ed.). Barcelona: Praxis, 1999, p. 348 y ss.; RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero», pp. 62 y 65; DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad*, p. 487; LLORCA ORTEGA, J.: *Manual de determinación de la pena*, p. 254; MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 109.

⁵¹ De esta opinión, SERRANO PASCUAL, M.: *Las formas sustitutivas de la prisión*, p. 386; SERRANO BUTRAGUENO, I.: *Código Penal de 1995*, p. 751; AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas, medidas de seguri-*



segunda posición, a la que me sumo, nos conduciría la interpretación del artículo 89 en relación con el artículo 108 del Código Penal, que como ya se ha adelantado, también establece la posibilidad de expulsar del territorio nacional al extranjero no residente legalmente en España que hubiese sido condenado con una medida de seguridad privativa de libertad⁵². Asimismo, a la misma interpretación contribuiría la nueva redacción del último inciso del artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social⁵³ y la del artículo 197 del Reglamento Penitenciario de 1996⁵⁴, que se manifiestan en los mismos términos.

Por otro lado, lo que deba entenderse por el término «extranjero no residente legalmente en España» no está establecido en el Código Penal, de ahí que, actualmente, deba acudir a la Ley Orgánica 4/2000.

En mi opinión, el término empleado por el Código Penal no ha de interpretarse en sentido estricto; es decir, entendiendo por tal aquel extranjero que no tenga el permiso de residencia⁵⁵, sino de aquel extranjero que no se halle en alguna de las situaciones recogidas en el Capítulo II del Título II de la Ley Orgánica 4/2000, en su nueva redacción. El citado Capítulo II se ocupa de las situaciones de los extranjeros en España, estableciendo en los artículos 29 a 35 las situaciones de residencia o permanencia legalizadas en nuestro país. Éstas se corresponden con las figuras de estancia, residencia temporal, residencia permanente, condición de estudiante, residencia de apátrida, indocumentado y refugiado, y residencia de menores de edad. Por exclusión, ello supone que aquel extranjero que no tenga una situación de estancia legalizada en nuestro país será un «extranjero no residente legalmente en España». Consecuentemente, esta situación se corresponderá con la de aquellos extranjeros que, o bien no han entrado legalmente en nuestro país, conforme a lo establecido en el artículo 25 de la Ley, en el que se establecen los requisitos de entrada en territorio español, o bien habiendo entrado legalmente en nuestro país y

dad, p. 130. En el mismo sentido parece interpretarlo GRACIA MARTÍN, L.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, p. 266. También PRATS CANUT, J.M.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 490.

⁵² Así, AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas, medidas de seguridad*, p. 130.

⁵³ El último inciso del artículo 57.7 establece, conforme a su nueva redacción: «En el supuesto de que se trate de *extranjeros no residentes legalmente en España* y que fueren condenados por sentencia firme, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal». (La cursiva es mía.)

⁵⁴ V. más arriba nota 34.

⁵⁵ Como posiblemente debía interpretarse conforme al artículo 13.4 de la derogada Ley de Extranjería de 1985. Como así lo interpretaba, RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero», p. 62. El citado precepto establecía que «Sólo se considerarán residentes las personas amparadas por un permiso de residencia». Esta interpretación se veía reforzada a su vez con el Capítulo III del Reglamento ejecución de la Ley de Extranjería de 1985, que se ocupaba de las situaciones de permanencia legalizada en España. V. Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, Reglamento de ejecución de la Ley 7/1985, de 1 de julio (BOE núm. 47, de 23 de febrero de 1996). Todo ello sin perjuicio de que se pueda defender que los términos en los que se expresa el artículo 89 del Código Penal no deben interpretarse en sentido estricto.

presentando una de las situaciones anteriores de permanencia legalizada, posteriormente la pierden.

Asimismo, se ha planteado si procede aplicar esta consecuencia jurídico-penal a los extranjeros que se hallen regularizando su estancia o residencia, en definitiva, su permanencia en nuestro país⁵⁶, cuestión asociada a la determinación del momento a tener en cuenta para determinar si el extranjero es o no residente legal. Entiendo que dicho momento deberá ser el de la ejecución de la sentencia y no el de la comisión de la infracción jurídico-penal⁵⁷. Consecuentemente la respuesta a la primera cuestión, esto es, si procede la expulsión a los extranjeros que al tiempo de la ejecución de la sentencia estén regularizando su permanencia en España, debe ser positiva.

Por otro lado, la expulsión está prevista para los extranjeros no residentes legalmente en España mayores de edad. A los extranjeros menores, con edades comprendidas entre los 14 y 18 años, que cometan un delito en España les será de aplicación la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores⁵⁸. Excepcionalmente, será de aplicación a los jóvenes mayores de 18 y menores de 21 años, sin perjuicio de la excepción establecida en la Ley Orgánica 7/2000, que modifica la anterior⁵⁹. En ambos textos legales no existe un precepto equivalente al artículo 89 o 108 del Código Penal. Por tanto, no está prevista la expulsión de los menores delincuentes extranjeros⁶⁰, en consonancia con lo establecido en el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, conforme al cual los menores tutelados por una Administración Pública pueden permanecer en España regularmente⁶¹.

3.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO: PENAS SUSTITUIBLES

El artículo 89 establece en su número primero qué penas asignadas al extranjero no residente legalmente en España pueden tener como alternativa su expul-

⁵⁶ Al respecto v. MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 109.

⁵⁷ En este sentido RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero», p. 63 y ss.

⁵⁸ Publicada en el *BOE* núm. 11 de 13 de enero de 2000. Posteriormente, ha sido modificada parcialmente, por la Ley Orgánica, 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1985, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo.

⁵⁹ V. la disposición adicional cuarta de esta Ley.

⁶⁰ Tampoco estaba prevista la expulsión en la legislación anterior, Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores (publicada en el *BOE* núm. 140, de 11 de junio de 1992), que modifica el Decreto de 11 de junio de 1948, que recoge el Texto Refundido de la Ley sobre Tribunales Tutelares de Menores.

⁶¹ Y el artículo 62 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (publicado en el *BOE* núm. 174, de 21 de julio de 2001).



sión del territorio nacional. En función de la pena privativa de libertad asignada al extranjero por la comisión de la infracción penal, el legislador distingue dos situaciones —la expulsión cuando el sujeto haya sido condenado con una pena privativa de libertad inferior a seis años y la expulsión cuando le sea asignada una pena de prisión igual o superior a seis años—, estableciendo una serie de diferencias entre una y otra en cuanto a los requisitos exigidos, condiciones y procedimiento de expulsión⁶². Así, mientras el primer inciso del artículo 89.1 se ocupa de las penas privativas de libertad inferiores a los seis años, el segundo inciso hace referencia a las penas de prisión de duración igual o superior a los seis años⁶³. Ello supone que tan sólo es posible, como en el resto del Capítulo III del Libro I del Código Penal, que se ocupa «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad», acudir a la expulsión cuando el extranjero no residente legalmente en España sea condenado con una pena privativa de libertad.

No obstante, como se acaba de indicar, en función de la pena privativa de libertad asignada y, en su caso, de la duración de ésta, habrá de atenderse a unos determinados requisitos y condiciones. Si se trata de una pena de arresto de fin de semana, responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa o prisión inferior a los seis años, deberá ser aplicado el régimen jurídico del inciso primero del artículo 89.1. En cambio, si la pena correspondiente es de prisión igual o superior a los seis años, le corresponderá el tratamiento del inciso segundo del mismo precepto. En última instancia, la diferencia de régimen estará en función de si la pena a sustituir es una pena de prisión inferior o superior a los seis años, puesto que el resto de las penas privativas de libertad que pueden ser sustituidas —esto es, la pena de arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria— en ningún caso superarán los seis años de privación de libertad⁶⁴⁻⁶⁵.

Estas penas, que pueden ser objeto de la «sustitución» recogida en el artículo 89, permiten establecer una primera distinción con el régimen de sustitución

⁶² No obstante, en este trabajo voy a abordar de forma conjunta el análisis del tratamiento jurídico en ambos supuestos, por no ser esenciales tales divergencias.

⁶³ Parece reducir exclusivamente a la prisión las penas con posibilidad de sustitución AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas, medidas de seguridad*, p. 130.

⁶⁴ Conforme al artículo 37.1 del Código Penal, el arresto de fin de semana, como pena originaria, tendrá una duración máxima de 24 fines de semana, equivalente a 48 días de privación de libertad, de acuerdo con la regla de conversión establecida en este mismo precepto. Por lo que respecta a la pena de responsabilidad personal subsidiaria, que en todo caso es pena sustitutiva, ésta no podrá sobrepasar el año de privación de libertad cuando sustituya a la multa proporcional, conforme a lo establecido en el artículo 53.2 del Código Penal. En cambio, si sustituye a la multa por cuotas, tendrá una duración máxima de un año de privación de libertad, si la multa es pena originaria —siguiendo los artículos 50.3, 50.4 y 53.1 del Código Penal—, y de dos años de privación de libertad, si la multa por cuotas es pena sustitutiva a su vez de una pena privativa de libertad (prisión de hasta dos años o arresto de fin de semana), conforme a los artículos 37.1, 50.3, 53.1 y 88 del Código Penal.

⁶⁵ En el mismo sentido se han pronunciado DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad*, p. 487; MANZANARES, J.L. y CREMADES, J.: *Comentarios al Código Penal*, p. 47.

general de las penas cortas privativas de libertad, contenido en el artículo 88. En este precepto la pena privativa de libertad sustituible no podrá exceder en ningún caso los dos años⁶⁶, mientras que en el régimen del artículo 89, como ya se ha visto, no existe ningún tipo de límite temporal, aunque sí un límite en función del delito cometido, que comentaremos más abajo. En efecto, si la pena asignada al extranjero no residente legalmente en España es de privación de libertad, ésta, cualquiera que sea su duración, podrá ser «sustituída» por la expulsión del territorio nacional, puesto que en el artículo 89 la referencia temporal de la duración de la pena sustituible tiene por única finalidad establecer el régimen de sustitución correspondiente. En cambio, si el condenado es un español o un extranjero residente legalmente en España, la sustitución tan sólo será posible si la pena privativa de libertad no excede de los dos años.

No obstante, esta ausencia de límite ya estaba presente en la antigua Ley de Extranjería de 1985, que en su artículo 26. 1 d) permitía la expulsión, aunque como sanción administrativa y no penal, de los extranjeros que hubiesen sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituyera en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes hubieran sido cancelados. Esto representaba la posibilidad de expulsión por penas privativas de libertad, con un límite mínimo⁶⁷, pero no máximo, como en la actualidad, a condición de que las penas se correspondiesen con infracciones dolosas⁶⁸. La misma ausencia de límite temporal en la duración de las penas sustituibles se repetía en el Proyecto de Código Penal de 1992⁶⁹.

La ausencia de límite o, en cualquier caso, el límite de hasta seis años de privación de libertad establecido para el régimen de sustitución del primer inciso del artículo 89.1 ha sido criticado por algún autor, puesto que permite acudir a la expulsión incluso cuando el extranjero haya sido condenado con penas graves⁷⁰ y, consecuentemente, por delitos graves⁷¹, con el consiguiente menoscabo de las exi-

⁶⁶ V. artículo 88 del Código Penal, especialmente su número primero, párrafo segundo.

⁶⁷ Límite mínimo que se reducía para la expulsión como sanción jurídico-penal (aunque se establecía un límite máximo), conforme a lo establecido en el artículo 21.2, párrafo segundo en relación con el párrafo primero de esta Ley. V. el contenido de este precepto más arriba en nota 9.

⁶⁸ No obstante, RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero», p. 60 y s., considera que el ámbito de aplicación de la alternativa contenida en artículo 89 es mucho más amplio en la regulación actual (al menos, por lo que respecta al primero de estos supuestos), puesto que se hace referencia a penas concretas, mientras que la antigua Ley Orgánica 7/1985 (artículo 21.2., párrafo 2) establecía los límites partiendo de las penas en abstracto. Defendiendo también la mayor amplitud del régimen actual, v. SERRANO PASCUAL, M.: *Las formas sustitutivas de la prisión*, p. 386.

⁶⁹ V. más arriba apartado 2.

⁷⁰ Conforme al artículo 33.1 a) del Código Penal, la pena de prisión es grave cuando sea superior a los tres años.

⁷¹ De acuerdo con el artículo 13.1 del Código Penal, son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave.



gencias de reafirmación del ordenamiento jurídico y de prevención general⁷². A este respecto no hay que olvidar que las penas a las que se refiere este precepto son las penas concretas⁷³, una vez realizada la determinación de la pena, teniendo en cuenta la gravedad de lo injusto culpable y el resto de consideraciones que se apoyan en razones político-criminales, por lo que la expulsión cabrá incluso ante los delitos más graves establecidos en nuestro Código Penal, que, en principio, llevan asignada una pena de prisión.

Todo ello es consecuencia del fundamento y finalidad de esta atípica «sustitución» de penas privativas de libertad por la expulsión del territorio nacional, que en nada responden a los de la sustitución establecida en el artículo precedente, el artículo 88 del Código Penal.

No obstante, recientemente se ha incorporado al artículo 89 un nuevo apartado, introducido por la Ley Orgánica 8/2000⁷⁴, que establece una limitación a la expulsión en función del delito por el que ha sido condenado el extranjero no residente legalmente en España, sin perjuicio de que el condenado se pueda acoger a las alternativas del régimen general (suspensión, sustitución, libertad condicional). Se trata, por tanto, de un límite en atención al delito cometido y no a la pena impuesta como en los supuestos anteriores y en el régimen general de sustitución. Los delitos mencionados, correspondientes a los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal, castigados también con penas privativas de libertad, junto a otras, se hallan entre los delitos contra los derechos de los trabajadores, los derechos de los ciudadanos y los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales⁷⁵.

Esta novedad encuentra su fundamento, como señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2000, en la necesidad de introducir modificaciones en el campo de las medidas relativas a la lucha contra la inmigración ilegal y, por tanto, en la lucha contra el tráfico y explotación de seres humanos. Sin embargo, en esta ocasión, al menos por lo que respecta a la medida incorporada al número 4 del artículo 89, sí parece estar guiada por los fines propios de las consecuencias jurídico-penales, esto es, la reafirmación del ordenamiento jurídico, la prevención general y la prevención especial. Esta decisión del legislador que, por un lado, ha de ser valorada positivamente, por otro, viene a confirmar la tesis defendida en este trabajo, que tanto el régimen del artículo 89 (números 1, 2 y 3) como el del artículo 108 del Código Penal no responden a los objetivos que deben orientar a las alternativas a la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad.

⁷² En este sentido GRACIA MARTÍN, L.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, p. 260 y ss.; MANZANARES, J.L. y CREMADES, J.: *Comentarios al Código Penal*, p. 47.

⁷³ Como así ha puesto de manifiesto GRACIA MARTÍN, L.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, p. 260; RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero», p. 60.

⁷⁴ V. la disposición adicional segunda de la Ley, ya citada.

⁷⁵ En tales supuestos la expulsión tendrá lugar una vez cumplida la pena privativa de libertad de estos delitos, conforme al artículo 57.8 de la ley Orgánica 4/2000, reformado por la Ley Orgánica 8/2000).



3.4. LA ALTERNATIVA: LA EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO NO RESIDENTE LEGALMENTE EN ESPAÑA

El artículo 89 establece en su número primero que las penas privativas de libertad podrán ser sustituidas por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España, de acuerdo con un determinado procedimiento, que será comentado más abajo⁷⁶. Por tanto, la expulsión se presenta para el extranjero como una alternativa al cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas por la comisión de una infracción jurídico-penal en nuestro país.

Esta concreta alternativa se manifiesta como otra diferencia del régimen del artículo 89 en relación con el establecido en el artículo 88, en el que la alternativa a la ejecución de las penas cortas privativas de libertad es otra pena, en la mayoría de los casos, de diferente naturaleza. En esta ocasión la alternativa no es una pena, al menos formalmente, al no encontrarse en el catálogo de penas del artículo 33 del Código Penal español. Sin embargo, se halla recogida en el catálogo de medidas de seguridad y reinserción social del artículo 96.3 del Código Penal, más concretamente dentro del grupo de medidas de seguridad no privativas de libertad⁷⁷⁻⁷⁸. Por tanto, se trataría de la «sustitución» de una pena por una medida de seguridad⁷⁹ o, en cualquier caso, de la sustitución de una pena por una consecuencia jurídico-penal recogida en el propio artículo 89⁸⁰, que no va acompañada de módulos de conversión, como así ocurre en la sustitución del artículo 88. Lo que sí es indiscutible es que esta consecuencia jurídico-penal tendrá siempre carácter sustitutivo.

En relación con la naturaleza de la alternativa establecida en el artículo 89 para las penas privativas de libertad, SERRANO PASCUAL defiende que al constituir ésta una medida de seguridad, el recurso a la misma tan sólo es posible si en el supuesto concreto está presente el fundamento de toda medida de seguridad: la

⁷⁶ Esta misma consecuencia jurídica se establece, por remisión, en el último inciso de la nueva redacción del artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000.

⁷⁷ La medida quinta del citado precepto señala: «La expulsión del territorio nacional, de extranjeros no residentes legalmente en España».

⁷⁸ La misma particularidad estaba presente en el Proyecto de 1992. En él la expulsión se hallaba recogida tan sólo en el catálogo de medidas de seguridad y reinserción social, en el artículo 95.2.5, con la única diferencia de que aquí se establecía la expulsión para el *extranjero* en general, a diferencia de lo establecido en el artículo 89 del mismo proyecto que, por el contrario, hacía referencia, al menos en el número primero, al *extranjero no residente legalmente en España*.

⁷⁹ En el mismo sentido SERRANO PASCUAL, M.: *Las formas sustitutivas de la prisión*, p. 386; MARTÍNEZ MONTIJANO, M.C.: *Manual para la ejecución de las penas*, p. 242; RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero», p. 60; DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad*, p. 485 y ss.; AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas, medidas de seguridad*, p. 130; LLORCA ORTEGA, J.: *Manual de determinación de la pena*, pp. 254 y 255. De otra opinión, GRACIA MARTÍN, L.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, p. 257, que la incluye en el grupo de penas sustitutivas.

⁸⁰ Sin que ello suponga una afectación de la garantía penal establecida en el artículo 2.1 del Código Penal. En contra RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero», p. 60.



peligrosidad criminal postdelictual del delincuente, esto es, del extranjero no residente legalmente en nuestro país⁸¹. Asimismo, defiende, de acuerdo con el artículo 6.2 del Código Penal, la aplicación de los límites legales establecidos para las medidas de seguridad, de tal forma que, como cualquier otra medida de seguridad, la expulsión no podrá ser ni más gravosa ni de mayor duración que la pena abstracta correspondiente al delito cometido, y que, en todo caso, la aplicación de la misma sólo cabrá en defecto del resto de alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad, esto es, en defecto de la suspensión y de la sustitución de los artículos 80 y siguientes y 88 del Código Penal, respectivamente⁸².

En mi opinión, esta interpretación llevaría prácticamente a la inaplicación del artículo 89⁸³, debido a la consideración del carácter subsidiario del precepto, a la exigencia de que el extranjero sea peligroso criminalmente (peligrosidad que, sin embargo, no se podría descartar en la mayoría de los casos), y a que la expulsión como medida de seguridad sería casi siempre más gravosa que la pena a la que sustituiría, al menos desde la perspectiva del extranjero no residente legalmente en nuestro país. Por otro lado, el hecho de que la expulsión se halle en el catálogo de medidas de seguridad del Código Penal no significa que responda a los fines propios de toda medida de seguridad. Como ya señale⁸⁴, considero que la alternativa contenida en el artículo 89 no responde al objetivo presente en la sustitución, expulsión o libertad condicional, esto es, la prevención especial, sino a razones de oportunidad política. De igual forma, la consecuencia jurídico-penal recogida en este precepto, la expulsión, tampoco responde a los fines propios de una pena o una medida de seguridad, como serían la reafirmación del ordenamiento jurídico, la prevención general y especial. A lo sumo, podría admitirse la presencia en la misma del efecto intimidatorio propio de la prevención, pero en ningún caso el efecto resocializador que debe orientar la prevención especial⁸⁵, y que por mandato constitucional también debe estar presente en toda medida de seguridad⁸⁶. Por ello entiendo que la presencia de la expulsión en el catálogo de medidas de seguridad del artículo 96 del Código Penal puede hallar su justificación en el régimen del artículo 108, que se ocupa de la «sustitución» de medidas de seguridad privativas de libertad asignadas a un extranjero no residente legalmente en España por su expulsión del territorio nacional.

⁸¹ V. este autor, *Las formas sustitutivas de la prisión*, p. 389.

⁸² Este autor, *Las formas sustitutivas de la prisión*, p. 389.

⁸³ Salvo que la posición de Serrano Pascual al respecto se justifique en razones de orden político-criminal y no dogmático, orientadas a corregir una política legislativa criticable para el autor.

⁸⁴ V. más arriba apartado 3.1.

⁸⁵ De la misma opinión MARTÍNEZ MONTIJANO, M.C.: *Manual para la ejecución de las penas*, p. 242; RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero», p. 69.

⁸⁶ V. el artículo 25.2 de la Constitución Española.

3.5. REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN

3.5.1. *Requisitos de expulsión*

Las condiciones que se establecen en el artículo 89 para proceder a la expulsión se diferencian en función de la pena privativa de libertad que se vaya a sustituir. En el supuesto de que se trate de una pena privativa de libertad inferior a los seis años (pena de arresto de fin de semana, responsabilidad personal subsidiaria o prisión), conforme al inciso primero del número primero del artículo 89, no se establece ninguna condición, a salvo de las características de la pena sustituible, que debe ser establecida por sentencia firme⁸⁷, y de la situación del extranjero (no residente legalmente en España).

Por el contrario, en el supuesto de que la pena sustituible sea de prisión igual o superior a los seis años se exige además que el extranjero no residente legalmente en España haya cumplido las tres cuartas partes de su condena⁸⁸. Con esta condición se aparta nuevamente el régimen del artículo 89, al menos por lo que afecta a este último supuesto, del tratamiento general de la sustitución del artículo 88, pues la misma, como alternativa a la ejecución de las penas cortas privativas de libertad, ha de tener lugar necesariamente antes del comienzo de la ejecución de tales penas, tal y como establece expresamente el artículo 88.1.

3.5.2. *Procedimiento judicial de expulsión*

Por lo que respecta a la competencia para acordar la expulsión, no se duda que es judicial, y que ésta corresponde al juez o tribunal sentenciador, conforme a la redacción del artículo 89.1⁸⁹. En este sentido podría contribuir a tal interpretación el tenor literal del artículo 88, sin perjuicio de que se rechace que el artículo 89 se halle en el ámbito de la sustitución propia del artículo 88.

Esta cuestión es más dudosa cuando se trata de penas de prisión de duración igual o superior a seis años, pues al exigirse que el condenado haya cumplido las tres cuartas partes de la condena, lo más adecuado sería que la expulsión fuese acordada por el juez de vigilancia penitenciaria, como responsable de la ejecución de la pena. Sin embargo, esa no parece ser la voluntad del legislador, conforme a la redacción del artículo 89.1, que en este mismo apartado hace referencia expresa a

⁸⁷ Como así lo establece expresamente el artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000 y se deduce de la interpretación conjunta de los artículos 3.1, 88.1 y 89 del Código Penal.

⁸⁸ Esta condición ya se introdujo en el Proyecto de 1992. No se requiere, sin embargo, como en tratamientos anteriores, que el sujeto haya satisfecho sus responsabilidades civiles, como así exigía el artículo 21.2, párrafo segundo de la Ley 7/1985.

⁸⁹ En este sentido MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, p. 728; SERRANO PASCUAL, M.: *Las formas substitutivas de la prisión*, p. 387; DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad*, p. 488; LLORCA ORTEGA, J.: *Manual de determinación de la pena*, p. 255.



los «Jueces y Tribunales», debiéndose interpretar entonces que tal competencia se halla también en manos del tribunal sentenciador, que podrá acordar tal decisión en el momento en el que dicten la sentencia condenatoria⁹⁰⁻⁹¹.

Esta decisión es siempre facultativa⁹², de la misma forma que la sustitución de las penas cortas privativas de libertad establecida en el artículo 88. Por tanto, el juez o tribunal no estará obligado en ninguno de los supuestos del artículo 89 a proceder a la expulsión del extranjero no residente legalmente en España, lo que permitirá, en su caso, la aplicación del régimen general de alternativas a las penas impuestas (suspensión, sustitución, libertad condicional...). Sin embargo, el Código Penal no establece los criterios que habrá de tener en cuenta el juez o tribunal a la hora de tomar una decisión al respecto⁹³.

Por lo que respecta al momento en el que debe ser acordada la expulsión del extranjero no residente legalmente en España, parece que ésta ha de tener lugar una vez se haya dictado sentencia condenatoria firme y antes de dar inicio a la ejecución de la pena privativa de libertad, y, por tanto, antes de que el sujeto ingrese en el centro penitenciario, pues ésta, como se verá más abajo, es la finalidad del régimen establecido en el artículo 89: proceder a la expulsión para que el sujeto no ingrese en el centro penitenciario⁹⁴. Consecuentemente, tal decisión se podría tomar en la misma sentencia condenatoria dictada por el juez o tribunal sentenciador o en un auto motivado posterior⁹⁵. Esta posición se ve confirmada por la posibilidad esta-

⁹⁰ En el mismo sentido v. RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero», p. 64; DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad*, p. 493 y ss.; GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación de penas*, p. 125; LLORCA ORTEGA, J.: *Manual de determinación de la pena*, p. 255; SÁNCHEZ YLLERA, I.: *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 507.

⁹¹ La misma redacción introducía el Proyecto de Código Penal 1992.

⁹² En cambio, en el Proyecto de Código Penal de 1992 la expulsión era obligatoria en relación con las penas privativas de libertad inferiores a dos años asignadas a extranjeros no residentes legalmente en España.

⁹³ Esta ausencia de criterios ha sido criticada de discrecional e insegura y ajena a los principios de taxatividad y certeza. V. al respecto BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., GARCÍA RIVAS, N., FERRÉ OLIVÉ, J.C. y SERRANO PIEDECASAS, J.R.: *Lecciones de Derecho Penal*, p. 397, aunque en relación con la expulsión como alternativa a la ejecución de medidas de seguridad privativas de libertad. No obstante, siguiendo al Tribunal Constitucional, PÉREZ PÉREZ, J.J.: «La expulsión del extranjero», pp. 517 y 520, propone, entre otros: el interés del Estado en expulsar, el interés del Estado en castigar el delito en atención a la entidad del delito y de la pena, el interés favorable o desfavorable del extranjero en la expulsión según sus circunstancias personales, el interés del perjudicado por el delito. Asimismo, el arraigo del penado en nuestro país ha sido propuesto como uno de estos criterios por DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad*, p. 490 y ss.

⁹⁴ En el mismo sentido AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas, las medidas de seguridad*, p. 130. Para SERRANO PASCUAL, *Las formas substitutivas de la prisión*, p. 387, no es necesario que sea antes de ese momento, al no establecerse expresamente en el precepto.

⁹⁵ En el mismo sentido SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: *Código Penal de 1995*, p. 752; AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas, las medidas de seguridad*, p. 130. En contra SERRANO PASCUAL, M.: *Las formas substitutivas de la prisión*, p. 387.

blecida en la Ley Orgánica 4/2000 de recurrir asimismo a la expulsión de los extranjeros como alternativa al proceso penal por delitos castigados con penas inferiores a los seis años⁹⁶.

En el caso de penas de prisión igual o superior a los seis años, considero que igualmente la expulsión podrá ser acordada antes del comienzo de ejecución de la pena de prisión, bien durante el mismo proceso penal por el que se condena por sentencia firme al extranjero, bien en un auto posterior⁹⁷. A ello me lleva el tenor literal del precepto, que hace referencia expresa al «Juez o Tribunal», lo que indica que debe ser el órgano judicial sentenciador el que acuerde la expulsión, siendo lo más coherente que se lleve a cabo en el propio proceso penal, a salvo de que se cumpla la condición, ya comentada, de que el extranjero cumpla previamente las tres cuartas partes de la condena. A esta interpretación contribuye también la finalidad que inspira todo el régimen de la expulsión: evitar en la medida de lo posible los problemas de la inmigración ilegal⁹⁸. No obstante, cabe plantearse la posibilidad de que tal decisión pudiera ser acordada posteriormente, durante la ejecución de la pena. En cualquier caso, una vez iniciada la ejecución la expulsión también podría llevarse a efecto con base en el artículo 197 del Reglamento Penitenciario de 1996.

En cuanto a la iniciativa para proceder a la expulsión, el artículo 89.1, inciso segundo, establece expresamente que en los supuestos de penas de prisión igual o superior a los seis años, la misma corre a cargo del Ministerio Fiscal. En el resto de situaciones, en principio, nada parece negar la posibilidad de que la expulsión sea acordada de oficio o a instancia de parte⁹⁹.

⁹⁶ El actual artículo 57.7, párrafo primero de la Ley, al igual que se establecía en el artículo 21.2, párrafo primero de la Ley 7/1985, señala: «Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida del territorio español, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si ésta resultara procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores del presente artículo, previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador». No obstante, a continuación se establece una excepción a la expulsión en relación con algunos delitos contra los derechos de los trabajadores, los derechos de los ciudadanos extranjeros, y algunos otros relativos al ejercicio de los derechos fundamentales, ya comentada. «No serán de aplicación las previsiones contenidas en el párrafo anterior cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal».

⁹⁷ Admite sólo esta última posibilidad, AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas, medidas de seguridad*, p. 131.

⁹⁸ En este sentido AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas, medidas de seguridad*, p. 131. De otra opinión MARTÍNEZ MONTIJANO, M.C.: *Manual para la ejecución de las penas*, p. 242.

⁹⁹ Así, v. DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad*, p. 489, pero defendiendo que en todo caso debe ser oído el Ministerio Fiscal, siguiendo el tenor literal del artículo 27 del Reglamento Penitenciario de 1996 y la Circular 1/1994, de 15 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, sobre intervención del Ministerio Fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en



La previa audiencia del extranjero no residente legalmente en España, establecido expresamente en el artículo 89, se presenta como un requisito indispensable en cualquier caso a la hora de decidir su expulsión. Igualmente, aunque esta vez sin referencia expresa al tenor literal, parece obligada la motivación de tal decisión, para evitar su arbitrariedad.

3.5.3. Procedimiento administrativo de expulsión

La sustanciación del procedimiento administrativo para proceder a la expulsión viene previsto en la Ley Orgánica 4/2000, en su nuevo artículo 57, conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000. La ejecución de ésta deberá desarrollarse conforme a lo establecido en el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, ya citado, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la ley Orgánica 4/2000. El artículo 100.2 de aquél contiene el procedimiento a seguir.

3.6. CONDICIONES DE LA EXPULSIÓN Y QUEBRANTAMIENTO DE LA CONDICIÓN DE NO REGRESAR A ESPAÑA

Una vez se haya procedido a la expulsión del extranjero no residente legalmente en España, conforme al artículo 89.2, éste tiene la obligación de no regresar a nuestro país durante un determinado período establecido por el juez o tribunal¹⁰⁰⁻¹⁰¹. Este período, fijado en función de la pena (o en su caso de la pena que resta por cumplir) y a contar desde la expulsión, no podrá ser inferior a los tres años ni superior a los diez¹⁰². El quebrantamiento de esta única condición conducirá al cumplimiento de la pena originaria impuesta, bien la pena privativa de libertad inferior a los seis años, bien la última cuarta parte de la pena de prisión

España. También en esta misma línea AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas, las medidas de seguridad*, p. 130 y ss.; LLORCA ORTEGA, J.: *Manual de determinación de la pena*, p. 255.

¹⁰⁰ Esta condición recuerda a la pena de destierro establecida en el artículo 88 del derogado Código Penal y a una de las condiciones de la suspensión de la pena, establecida en el artículo 80 y siguientes, más concretamente la condición primera del artículo 83.1, referida a la «Prohibición de acudir a determinados lugares». No obstante, se diferencian en los fines de una y otra. Así, mientras las condiciones del artículo 83 están orientadas por la prevención especial, la condición del artículo 89.2 se aleja de la misma.

¹⁰¹ Esta misma condición ya se establecía en el Proyecto de 1992, de forma similar.

¹⁰² Para Prats Canut estos plazos sólo están pensados para el primero de los supuestos del artículo 89, pues considera que el segundo presenta la naturaleza de una libertad condicional *sui generis*. V. PRATS CANUT, J.M.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 491 y ss. Por su parte, SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: *Código Penal de 1995*, p. 751, entiende que para fijar este plazo el juez o tribunal deberá tener en cuenta el plazo de prescripción de la pena.

igual o superior a los seis años¹⁰³⁻¹⁰⁴. En cambio, si el sujeto es sorprendido en la frontera de nuestro país se procederá nuevamente a su expulsión, impidiendo su entrada en el país (artículo 89.3)¹⁰⁵.

4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXPULSIÓN EN EL ARTÍCULO 108 DEL CÓDIGO PENAL

4.1. NATURALEZA DE LA ALTERNATIVA A LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Artículo 108. 1. Si el sujeto fuere extranjero no residente legalmente en España, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables.

2. El sujeto a esta medida no podrá volver a entrar en España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder de diez años.

El artículo 108 se halla situado en la Sección Segunda «De las medidas no privativas de libertad», del Capítulo II «De la aplicación de las medidas de seguridad», del Título IV «De las medidas de seguridad» del Libro Primero del Código Penal.

¹⁰³ Sin que pueda plantearse la prescripción de la pena, como han defendido SERRANO BUTRAGUENO, I.: *Código Penal de 1995*, p. 751, y RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero», p. 66. El plazo de prescripción de la pena (a contar desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse, según establece el artículo 134 del Código Penal) se interrumpe desde el momento en que aquélla (la pena) comienza a ejecutarse, con independencia de que haya sido sustituida o no, o desde que su ejecución se suspenda.

¹⁰⁴ En estos casos no cabe aplicar, en mi opinión, el delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código Penal, puesto que lo que se incumple es la condición aparejada a la condena y no la condena misma (la expulsión como sustitutiva de la pena privativa de libertad). No obstante, algún autor defiende en estos casos la aplicación de este delito. V. en este sentido SERRANO BUTRAGUENO, I.: *Código Penal de 1995*, p. 751.

¹⁰⁵ Este último inciso representa una novedad en el régimen de la expulsión. Para DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad*, p. 495 y s., constituye una normativa administrativa ya incorporada a la Ley de Extranjería de 1985 y su reglamento. En el mismo sentido RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero», p. 67. En la misma línea, la Ley Orgánica 4/2000, en su artículo 58.2 establece que no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros que habiendo sido expulsados hubiesen contravenido la prohibición de entrada en España, salvo que se encuentren en alguna de las excepciones establecidas en el número siguiente. Conforme a la nueva redacción del artículo 58.5, en tal caso la devolución conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la orden de expulsión quebrantada. Ello supone que el quebrantamiento de la prohibición de entrada debería tener como consecuencia la devolución y no la expulsión del extranjero.

En esta ocasión, y a diferencia de lo analizado en relación con el artículo 89, la situación sistemática no indica cuál deba ser la naturaleza de la sustitución de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicadas al extranjero no residente legalmente en España por la expulsión del territorio nacional.

En mi opinión, el fundamento y fin de la alternativa al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad del artículo 108 en nada difiere de los que guían la alternativa al cumplimiento de las penas privativas de libertad del artículo 89. La sustitución de la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad por la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España se basa, al igual que ocurría con la figura del artículo 89, en razones político-criminales o de oportunidad: fundamentalmente, los problemas sociales en torno a la inmigración ilegal y, en su caso, los posibles inconvenientes de masificación en los centros especiales de cumplimiento de las respectivas medidas de seguridad, que se verían agravados si a los condenados españoles y extranjeros con residencia legal en España sumáramos los condenados extranjeros no residentes legalmente en España¹⁰⁶. De ahí, que tanto la alternativa recogida en el artículo 89 como la del artículo 108 estén reducidas exclusivamente a las consecuencias jurídico-penales privativas de libertad.

Ambos problemas se intentan resolver o, al menos, paliar con la figura contenida en el artículo 108, procediéndose a la sustitución de las medidas de seguridad privativas de libertad por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España, sin que para nada se tenga en cuenta el fundamento que orienta a las alternativas genéricas al cumplimiento de las medidas de seguridad recogidas en el artículo 97 del Código Penal: la ausencia de necesidad del cumplimiento de la correspondiente medida de seguridad para garantizar el fin de prevención especial que orienta a la misma. Es más, ni siquiera cumple el objetivo principal que debe orientar toda medida de seguridad: la resocialización del delincuente peligroso¹⁰⁷.

4.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

Por lo que respecta a esta cuestión, y también a diferencia de lo comentado en relación con el artículo 89, aquí no cabe duda de que el precepto está destinado al extranjero (mayor de edad) no residente legalmente en España, como así se establece expresamente¹⁰⁸⁻¹⁰⁹.

¹⁰⁶ De forma similar v. MAZA MARTÍN, A.: *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*: Ignacio Serrano Butragueño (Coord.). Granada: Comares, 1998, p. 803.

¹⁰⁷ V. más arriba apartado 3.4.

¹⁰⁸ A diferencia de lo establecido en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, el Proyecto de Código Penal de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 y el Proyecto de 1992, que estaban destinados al extranjero condenado. V. más arriba apartado 2.

¹⁰⁹ Sobre el contenido de esta expresión v. más arriba apartado 3.2.

4.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO: MEDIDAS DE SEGURIDAD SUSTITUIBLES

El artículo 108 establece en su número primero que las medidas de seguridad que pueden ser sustituidas son únicamente las privativas de libertad, cualquiera que sea su duración¹¹⁰. Eso supone, obviamente, que no cabe la sustitución por expulsión cuando las medidas de seguridad aplicadas al extranjero sean no privativas de libertad, a diferencia de lo establecido en el régimen general de sustitución del artículo 97 b) del Código Penal, que permite la sustitución de cualquier medida de seguridad, sea ésta privativa de libertad o no¹¹¹⁻¹¹².

4.4. LA ALTERNATIVA: LA EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO NO RESIDENTE LEGALMENTE EN ESPAÑA

La alternativa a la aplicación de las medidas de seguridad privativas de libertad ofrecida en el artículo 108 es la misma que la establecida en el artículo 89: la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España. Así lo establece expresamente el número primero del artículo 108. Pero, a diferencia del régimen del artículo 89, aquí la alternativa al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad está representada por una medida de seguridad no privativa de libertad, conforme a la clasificación del catálogo de medidas de seguridad establecido por el Código Penal en el artículo 96¹¹³. Por tanto, el régimen de sustitución del artículo 108.1 se asemeja al régimen general del artículo 97 b), al consistir en la sustitución de una medida de seguridad por otra medida de seguridad.

La duda es si en esta ocasión la expulsión es una consecuencia jurídico-penal de carácter sustitutivo, como en el régimen del artículo 89, o, por el contra-

¹¹⁰ Las medidas de seguridad privativas de libertad se hallan enumeradas en el artículo 96.2 del Código Penal, consistiendo en el internamiento por tiempo determinado en un centro adecuado al estado peligroso que presente el condenado, supuestos que se hallan establecidos en los artículos 101 a 104 del Código Penal, dentro de la Sección Primera del Capítulo II del Título IV del Libro I del Código Penal (ya citados).

¹¹¹ El citado precepto establece: «Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal Sentenciador podrá, mediante un procedimiento contradictorio, previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria» (...) «b) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará tal medida sin efecto».

¹¹² Tampoco la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, ni los Proyectos de Código Penal de 1980 y 1992, ni la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 limitaban las medidas de seguridad sustituibles exclusivamente a las privativas de libertad. V. más arriba apartado 2.

¹¹³ No obstante, en atención a su contenido, al afectar a la libertad ambulatoria del individuo, se podría afirmar que la misma encajaría mejor en el grupo de medidas de seguridad privativas de libertad. En el mismo sentido AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas, medidas de seguridad*, p. 244.

rio, podría ser una medida principal u originaria, en unos casos y sustitutiva, en otros. El régimen de aplicación de medidas de seguridad del Capítulo II, ya mencionado, basado en cláusulas generales y en la libertad dada al juez o tribunal sentenciador para imponer la medida de seguridad más adecuada al caso concreto, permitiría afirmar que nos hallamos ante una medida de seguridad de carácter principal u originario, que no requiere la figura de la sustitución para poder ser aplicada. En consecuencia se podría afirmar que la expulsión del artículo 96 del Código Penal, por lo que respecta al ámbito de la aplicación de medidas de seguridad puede ser tanto medida originaria, conforme a los artículos 101 a 104 en relación con el artículo 96, como medida sustitutiva, conforme al artículo 108. Eso supondría que el juez o tribunal sentenciador podría aplicar directamente la medida de expulsión para el extranjero no residente legalmente en España que fuese declarado inimputable o semiimputable, sin necesidad de acudir a la sustitución. No obstante, ésa no ha sido la interpretación que de estos preceptos ha realizado la doctrina¹¹⁴, que la califica como medida de seguridad sustitutiva. Ni tampoco parece haber sido la voluntad del legislador, teniendo en cuenta la similar redacción del artículo 108 en relación con el artículo 89 y, porque no se explica la necesidad de un tratamiento diverso para la expulsión en estos casos.

4.5. REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN

El artículo 108 es menos estricto que el artículo 89 a la hora de establecer los requisitos para proceder a la expulsión, pues tan sólo se exige que se trate de un extranjero no residente legalmente en España condenado a una medida de seguridad privativa de libertad, sin ningún tipo de límite temporal.

La competencia para decidir sobre esta cuestión, conforme a lo establecido en el número primero del citado artículo, también se halla en manos del juez o tribunal sentenciador, que decide facultativamente, sin sujeción a ningún tipo de criterios, salvo la condición de que oiga previamente al reo.

En cuanto a la iniciativa para proceder a la expulsión, el artículo 108 no precisa ningún dato, de ahí que, en principio, pueda entenderse que aquélla puede realizarse de oficio o a instancia de parte.

Por lo que respecta al momento en el que deba tomarse la decisión sobre la expulsión o no expulsión del extranjero no residente legalmente en España, el artículo 108.1, a diferencia de lo establecido expresamente en el artículo 97, no señala cuándo debe tomarse tal decisión. En atención al régimen general de la sustitución para medidas de seguridad del artículo 97 podría interpretarse que ésta debería tener lugar una vez se haya iniciado la ejecución de la medida de seguridad privativa

¹¹⁴ V. GRACIA MARTÍN, L.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, p. 334; RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero», p. 68.

de libertad¹¹⁵. No obstante, al contrario de lo que allí se establece, en atención al fundamento y fin de la sustitución en estos casos —que no parecen diferir de los del régimen del artículo 89, esto es, razones de oportunidad centradas en la problemática inmigratoria—, lo más coherente sería entender que tal decisión debería llevarse a cabo antes de la ejecución de la medida de seguridad privativa de libertad.

4.6. CONDICIONES DE LA EXPULSIÓN Y QUEBRANTAMIENTO DE LA CONDICIÓN DE NO REGRESAR A ESPAÑA

La única obligación para esta sustitución es que el sujeto no vuelva a entrar en España durante un plazo determinado, a establecer por el juez o tribunal sentenciador, sin que éste pueda superar los diez años (artículo 108.2 CP). El quebrantamiento de esta condición no acarreará para el extranjero ningún tipo de consecuencia jurídico-penal, al no establecerse expresamente en el citado precepto¹¹⁶. Sin perjuicio de que conforme a la Ley 4/2000 se le puedan aplicar otras consecuencias¹¹⁷.

¹¹⁵ Admite esta posibilidad MAZA MARTÍN, A.: *Código Penal de 1995*, p. 803.

¹¹⁶ En mi opinión no cabe aquí el internamiento, conforme a lo establecido en el artículo 100.2 del Código Penal, puesto que en estos casos el extranjero incumple la condición (prohibición de regresar a España) y no la medida de seguridad sustitutiva (la expulsión).

¹¹⁷ V. al respecto el artículo 58 de la Ley, ya comentado, que prevé la devolución del extranjero.

