

LA EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: EL ARTÍCULO 89 DEL CP TRAS SU REFORMA POR LA LEY ORGÁNICA 11/2003

JOSÉ MUÑOZ LORENTE

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario

I.- INTRODUCCIÓN. II.- POLÍTICA DE EXTRANJERÍA E INSTRUMENTALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL. PREVISIONES LEGISLATIVAS DE EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS COMO CONSECUENCIA DE LA COMISIÓN DE ALGUNA INFRACCIÓN PENAL: 1.- Expulsión con anterioridad a la existencia de condena. 2.- Expulsión con posterioridad a la existencia de condena por sentencia. III.- LA EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. EL ARTÍCULO 89 CP: 1.- Aproximación histórica. 2.- Estructura del artículo 89 CP: A.- Sustitución por expulsión en el caso de penas privativas de libertad inferiores a 6 años: a).- Requisitos objetivos; b).- Requisitos subjetivos. B.- Sustitución por expulsión en el caso de penas privativas de libertad superiores a 6 años: a).- Requisitos objetivos; b).- Requisitos subjetivos. 3.- Cuestiones generales en relación con los dos supuestos de sustitución recogidos en el artículo 89 CP: A.- Concepto de extranjero no residente legal. B.- La automaticidad de la medida y supuestos en que

no es posible proceder a la expulsión. Incongruencias de tal previsión y reducción sistemática de la aplicación del precepto. Las recientes interpretaciones jurisprudenciales negando la automaticidad de la medida. C.- Prohibición de aplicación del régimen general de las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad: suspensión condicional y sustitución del artículo 88. Nula previsión en cuanto a la libertad condicional. D.- Efectos de la sustitución: expulsión y prohibición de regreso. Supuestos de quebrantamiento de la prohibición. Supuestos de imposibilidad de llevar a cabo la expulsión. E.- El artículo 89.4 y las previsiones de la Ley de Extranjería. Vulneración del principio *non bis in idem*. 4.- Relación con otras alternativas a la prisión.

I. Introducción

En los últimos tiempos estamos asistiendo en nuestro país a unos vertiginosos cambios legislativos en el ámbito penal. Las reformas se suceden de forma continua, acelerada y, quizás, precipitada. Ejemplo de ello son el importante número de normas que, sólo a lo largo de seis meses, concretamente en la segunda mitad del año 2003, se han promulgado en cuestiones directamente relacionadas con el Derecho Penal¹. Algunos de esos cambios, la mayoría, ya se encuentran en vigor, y otros —concretamente los importantes y numerosos cambios introducidos por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre— en una situación de *vacatio legis*².

Sin duda alguna, los penalistas no estamos acostumbrados a esa vorágine de cambios y reformas, aunque el signo de los tiempos hace que nos estemos habituando porque, además, todo indica que, en un futuro inmediato, las reformas se seguirán sucediendo como consecuencia de la variación de signo político experimentada recientemente por el Parlamento en el actual año 2004. Pero, no conviene olvidar cómo esas cons-

¹ Así, la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional; la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal; y la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal. En definitiva, en un plazo de 6 meses se han promulgado 5 leyes que afectan al sistema penal.

² Cambios que, en el momento de redactar este artículo, aún no están vigentes, sino que entrarán en vigor el 1 de octubre de 2004.

tantes y sucesivas reformas —y previsibles, aunque no seguras, contrarreformas— se producen en un momento histórico en el que el denominado «Código Penal de la democracia» —esto es, el Código Penal de 1995—, no lleva tanto tiempo en vigor y, aun cuando, como tal Código, según se señala en la Exposición de Motivos del mismo, tenía, y tiene, una inicial pretensión de «estabilidad y fijeza», esto es, de permanencia; pretensión que, en realidad, es consustancial a todo Código legislativo aunque, por lo que se refiere al CP de 1995 aquella inicial pretensión no haya sido más que una mera ilusión que se ha desvanecido con el paso de un breve lapso de tiempo y, además, en la mayoría de los casos, por motivos que nada tienen que ver con cuestiones jurídicas sino, más bien, con cuestiones políticas y electoralistas³.

Los vertiginosos y acelerados cambios normativos a los que estamos asistiendo, no sólo están dando al traste con esa idea de permanencia y estabilidad consustancial a todo Código legislativo, sino que, en alguna medida, están produciendo significativas inseguridades en relación con el Derecho a aplicar dado que muchos de esos cambios aparecen recogidos en normas pluridisciplinarias o mixtas⁴, esto es, que no se ocupan única y exclusivamente de materias penales. Ejemplo de ello es, concretamente, la cuestión objeto del presente estudio —la expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad— que, desde su inicial configuración en el artículo 89 CP de 1995, se ha visto sometida a constantes modificaciones o, como recientemente ha señalado el Tribunal Supremo, el precepto constituye un claro ejemplo «del vértigo legislativo (sic) que tiene por objeto el Código Penal»⁵. Si citamos, por orden cronológico, las normas que han supuesto un cambio en la materia, debemos referirnos, en primer lugar, a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en Espa-

³ Sobre la relación entre el Derecho Penal y la política, esto es, sobre la instrumentalización cada vez más patente del Derecho Penal por parte de los partidos políticos, sean del signo que sean, con fines electoralistas, vid. MUÑOZ LORENTE, J.: «Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho Penal simbólico», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 6, 2001, pp. 106 y ss. En este mismo sentido, y como bien dice GIMBERNAT ORDEIG, “hace ya unos cuantos años que en los países democráticos —no sólo en España— los políticos descubrieron que en el Derecho Penal —más precisamente: que en el *endurecimiento* del Derecho Penal— había una gran cantera de votos»; GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Prólogo» a la 9ª edición de *Código Penal*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 21.

⁴ Aunque en los últimos tiempos se les prefiera denominar como «integrales» al pretender, y quizás no conseguir, un tratamiento global de las cuestiones de las que se ocupan.

⁵ Así, vid. la reciente STS núm. 901/2004, de 8 de julio. El subrayado aparece en el original.

ña y su integración social, esto es, la comúnmente denominada Ley de Extranjería del año 2000 (en adelante LEX); en segundo lugar, es preciso también hacer referencia a la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros⁶; en tercer lugar, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal de 1995⁷; y, en cuarto lugar, es preceptivo referirse a la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial. Como se puede observar, el panorama de reformas y contrarreformas operadas en relación con la expulsión penal de los extranjeros desde que entró en vigor el CP de 1995 es ciertamente enmarañado aunque la finalidad de todas esas reformas sea nítida y clara: facilitar abiertamente la expulsión del extranjero delincuente aun a costa de sacrificar o conculcar básicas indicaciones constitucionales.

II. Política de extranjería e instrumentalización del derecho penal. Previsiones legislativas de expulsión de extranjeros como consecuencia de la comisión de alguna infracción penal.

Como paso previo, y antes de analizar en concreto el artículo 89 del CP, esto es, la regulación de la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional de los extranjeros, considero que resulta mucho más ilustrativo examinar el contexto jurídico en el que se inscribe la figura contenida en el artículo 89 del CP dado que, al contrario de lo que pudiera parecer, no se trata de un precepto aislado.

En efecto, el artículo 89 del CP no es la única norma jurídica mediante la cual se puede proceder a expulsar a un extranjero del territorio nacional como consecuencia de la comisión de una infracción penal. Por el contrario, el artículo 89 CP se inscribe en el entorno de una política

⁶ Título que, por lo que a la materia penal se refiere, y como se verá, no deja de constituir un claro eufemismo debido a que las reformas introducidas en el ámbito penal no poseen una clara finalidad de integrar a los extranjeros, sino todo lo contrario: la de aumentar la exclusión hasta el punto de elevar a regla general su expulsión del territorio nacional cuando estos hayan cometido algún delito o falta. No obstante, no es esa la opinión que sobre dicha reforma tenía el antiguo Secretario de Estado de Extranjería, Jaime I. González, para quien la reforma resultaba ser totalmente integradora; al respecto vid GONZÁLEZ, J.I.: «Política de extranjería», en MARTÍN PALLÍN, J.A. (Dir.): *Extranjeros y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, IV-2003, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 14 y ss.

⁷ Y que, en los momentos de redactar el presente estudio, aún no se encuentra en vigor.

migratoria global orquestada con el fin de expulsar de nuestro país a aquellos extranjeros que hayan cometido algún tipo de infracción penal.

Como veremos, se puede o no estar de acuerdo con la política migratoria que, en los últimos tiempos, se está llevando a cabo en nuestro país⁸; esto es, se puede o no estar de acuerdo con la actual política restrictiva en materia de extranjería; ahora bien, sin ningún género de dudas, *lo que ya no parece de recibo es que el CP se emplee como un eslabón más o un instrumento más de esa política migratoria o, si se quiere, no parece muy acorde con un Estado de Derecho que se utilice el CP como un instrumento que contribuya a hacer más efectiva la política migratoria*⁹; más efectiva en el sentido de utilizar el CP para reprimir la entrada y permanencia ilegal de inmigrantes en nuestro país. Esta contribución a la efectividad de la política migratoria es una función que, en mi opinión, no le corresponde al CP cuya finalidad primordial, como se sabe, es la de la protección de los bienes jurídicos —a través de las figuras de la prevención general y especial— y no la de servir de instrumento para lograr ciertos fines políticos con los que, reitero, se puede o no estar de acuerdo pero cuyo cumplimiento no corresponde a un CP sino al Derecho Administrativo que resulta ser su sede natural; y todo ello, además, cuando esos fines políticos entran en clara y abierta contradicción con los que tradicionalmente se han asignado a las sanciones penales: prevención general y especial. La medida de expulsión, como veremos, ni tiene esos fines tradicionales atribuidos a las normas penales, ni —lo que resulta aún más grave— pretende tenerlos. En este sentido, y como señala LAURENZO COPELLO, la expulsión del extranjero es «el único caso en nuestro Código Penal en el cual la renuncia a la privación de libertad se extiende a supuestos donde los criterios de prevención general y especial claramente indican la necesidad de sanción»¹⁰.

⁸ Para una visión crítica de la evolución de dicha política migratoria, en mayor extensión, vid. PÉREZ CEPEDA, A.I.: *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Granada, 2004, pp. 42 y ss. Evolución que es similar a la de algunos países de nuestro entorno como, por ejemplo, Italia; al respecto, vid. la reciente sentencia del Tribunal Constitucional italiano, núm. 222/2004, de 15 de julio de 2004 (TOL 301475 SSLV_1339) en la que, tras hacer un resumen de la evolución de la política migratoria del país, declara inconstitucionales algunos aspectos de la misma relativos al procedimiento de expulsión administrativa de extranjeros.

⁹ En este mismo sentido, señalando cómo resulta ciertamente discutible la preeminencia de los criterios de política de extranjería sobre los criterios generales relativos a la facultad punitiva, vid. ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», en LAURENZO COPELLO, P. (Coord.): *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002, p. 25 y *passim*. De idéntica opinión, vid. CUGAT MAURI, M.: «La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho Penal», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 6, p. 24; LAURENZO COPELLO, P.: «Prólogo» en LAURENZO COPELLO, P. (Coord.): *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002, p. 12.

¹⁰ LAURENZO COPELLO, P.: «Prólogo», op. cit., p. 13

En cualquier caso, y como he señalado, el artículo 89 del CP se inscribe en el contexto de una política migratoria global encaminada u orquestada a lograr, por la vía que sea, la expulsión de nuestro país de todo extranjero que haya cometido un delito; o, si se me permite la expresión, y en román paladino para que no quede ninguna duda, una política migratoria tendente a deshacerse, por los medios que sean — algunos de ellos poco ortodoxos desde un punto de vista constitucional—, del extranjero o extranjeros que hayan cometido alguna infracción penal, sea cual sea, aunque se trate de una infracción leve —o sobre todo en los casos de infracciones leves—, y además, como señala LAURENZO COPELLO, a deshacerse de él o de ellos «cuanto antes y a cualquier precio»¹¹; en otros términos, una política migratoria que parte de la base de que el extranjero que ha cometido un delito en nuestro país es una persona «no deseable» o un «enemigo»¹² y por eso debe ser expulsada, con independencia de que haya sido o no la primera vez que delinque, con independencia de la gravedad o levedad del delito, con independencia de que se trate de un delito doloso o imprudente, con independencia de que ya esté reinsertado o no lo esté o con independencia de cuál sea su situación personal o familiar; en definitiva, una política migratoria respecto al delincuente extranjero a la que le importa poco, o nada, la previsión constitucional referente a su reeducación o reinserción; sin contar con que, tampoco parece importarle nada la finalidad preventivo general de la pena y ***el efecto criminógeno que pudiera tener la medida de expulsión como consecuencia de la comisión de un delito***. En este último sentido, y como veremos, la expulsión del extranjero delincuente es, sin duda alguna, *un arma de doble filo, sobre todo, y claramente, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003*. En definitiva, esta reforma ofrece a los extranjeros un claro mensaje criminógeno¹³: si delinquen en España, y en caso de que las autoridades logren atraparlos, no se les encarcelará sino que se les expulsará a su país de origen o a un tercer país desde el que entraron ilegalmente¹⁴ y en el que gozarán de plena libertad; en otros términos,

¹¹ LAURENZO CAPELLO, P.: «Prólogo», *op. cit.*, p. 13.

¹² Tal y como lo califica PÉREZ CEPEDA, A.I.: *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas, y derecho penal*, Granada, 2004, pp. 336 y ss.

¹³ En idéntico sentido, aunque en relación con la originaria regulación contenida en el artículo 89 CP, vid. ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», *op. cit.*, pp. 46 y 54.

¹⁴ A este respecto, vid., por ejemplo, el *Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992* (BOE de 25 abril y de 30 de mayo de 1992), en el que se admite la readmisión de nacionales de terceros países que hubiesen entrado ilegalmente en nuestro país procedentes de Marruecos, siempre y cuando sea posible probar ese hecho y sólo durante un período de tiempo muy breve (diez días).

se les lanza el mensaje de que si delinquen en nuestro país no irán a prisión con lo que, como se ha indicado, el efecto criminógeno de la medida es claro. En este sentido y como señala ASÚA BATARRITA, «quien sabe que con la comisión de un delito no tiene nada que perder, porque la expulsión le espera en todo caso, no tendrá motivo para abstenerse de delinquir»¹⁵. Como se podrá comprender la prevención general queda sin ningún tipo de operatividad o, de otro modo dicho, y si se me permite la expresión, la prevención general brilla por su ausencia —como también brillan por su ausencia la prevención especial e incluso la retribución— dejando paso a **la verdadera finalidad de la medida: la inocuización del delincuente extranjero que se produce con su expulsión de nuestro país**¹⁶ y la consiguiente —y quizás poco efectiva— prohibición de entrada¹⁷; durante el tiempo de expulsión —y prohibición de entrada—, teóricamente, nos aseguramos de que el extranjero no delinquirá, al menos en nuestro país, sin que importe si delinque o no en el país de origen o en el país al que haya sido expulsado creándose así, en el país receptor del condenado, la insolidaria producción del riesgo de que siga delinquiendo¹⁸; sin olvidar, además, que esa inocuización conlleva el ahorro de costes económicos para instituciones penitenciarias —finalidad a la que, sin duda, tam-

¹⁵ ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», op. cit., p. 55.

¹⁶ En este mismo sentido señalando cómo «es evidente que alejar al que ya delinquiró es una forma de «inocuarle», y de evitar que vuelva a cometer un delito en el territorio del que se le expulsa, nuestro territorio», vid. ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», op. cit., p. 60.

¹⁷ Y me refiero a que se trata de una medida poco efectiva pues quien, en nuestro país, se encuentra en una situación de ilegalidad, en la mayoría de los casos, es porque ha entrado clandestinamente; en consecuencia, la prohibición de entrada en nuestro país no evita que vuelva a entrar clandestinamente y, hasta incluso, que el delito siga siendo su medio de vida si la amenaza para tal delito es la expulsión y no la entrada en prisión. En este sentido, y como señala ASÚA BATARRITA, resulta incongruente y contradictorio que se proceda a la expulsión del extranjero y no se utilicen otros cauces como la vía de los Tratados suscritos por España con diversos países sobre traslado de personas extranjeras condenadas para el cumplimiento de la pena en su país de origen, ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», op. cit., p. 23.

¹⁸ En este último sentido, vid. también LAURENZO COPELLO, P.: «Prólogo», op. cit., p. 12; PALOMO DEL ARCO, A.: «La expulsión de extranjeros en el proceso penal», en *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal*, Manuales de formación continuada, núm. 5, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 170; PÉREZ PÉREZ, J.J.: «La expulsión del extranjero en el proceso penal», en PICÓ LORENZO, C. (Dir.): *Extranjeros*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 37-1994, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 528.

bién va dirigida la medida—¹⁹ y, en definitiva, el ahorro para el Estado que con la expulsión consigue, no sólo descongestionar los establecimientos penitenciarios²⁰, sino que también evita el coste que supone mantener en prisión al extranjero delincuente; ahorro económico que, al contrario de lo que pudiera parecer, resulta sólo relativo²¹. En cualquier caso, y como se ha señalado, una finalidad —la inocuización— que contribuye a hacer más eficaz la política migratoria establecida por el Gobierno en el poder pero que, en todo caso, se olvida de las finalidades de prevención general y especial que deben presidir la imposición de las sanciones penales y de sus sustitutos.

Se ha señalado en algunos foros que esa política de expulsión del extranjero delincuente —en la cual se inscribe también el artículo 89

¹⁹ Y expresamente se reconoce así, por ejemplo, en el Auto de la AP de Ceuta, núm. 53/2003, Sección 6ª, de 7 de julio, señalando expresamente cómo la medida «no responde a las finalidades de la pena, sino a intereses económicos y de política penitenciaria, para disminuir el número de penados extranjeros».

²⁰ En este mismo sentido, vid. ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», op. cit., p. 55; DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, Barcelona, 1997, p. 486; PALOMO DEL ARCO, A.: «La expulsión de extranjeros en el proceso penal», op. cit., p. 170; ROMA VALDÉS, A.: «La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros», *Actualidad Penal*, 1999, pp. 851 y 854. Finalidad de descongestión y ahorro que también resulta común a otros sustitutos de las penas privativas de libertad; a este último respecto, vid. PALAZZO, F.: «Principio de última ratio e hipertrofia del Derecho Penal», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, Vol. I, Cuenca, 2001, p. 434; POZUELO PÉREZ, L.: «La pena de trabajo en beneficio de la comunidad», *ICADE, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 42, 1997, p. 337. Por su parte, considerando acertado el hecho de que la expulsión del extranjero sea una medida adecuada para descongestionar los establecimientos penitenciarios, vid. ROMA VALDÉS, A.: «La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros», op. cit., p. 854.

²¹ En efecto, aunque el artículo 64.2 LEX establece que la expulsión se efectuará a costa del extranjero si tuviere medios económicos para ello, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, por no decir en todos, el extranjero carece de tales medios y en este sentido, y según informaciones periodísticas, la expulsión de extranjeros exige un gran despliegue de recursos económicos y humanos. Respecto a los primeros, para el año 2004 se han presupuestado cerca de 19 millones de euros (cerca de 3.200 millones de las antiguas pesetas), sin olvidar el coste que supone destinar a dos policías para escoltar a cada expulsado hasta el país de acogida. Como media, y según dichas informaciones periodísticas, expulsar a un ciudadano chino suele costar alrededor de 6.750 euros (cerca de 1.120.000 pesetas), a un ciudadano ecuatoriano alrededor de 3.834 euros (640.000 pesetas), a un ciudadano búlgaro alrededor de 2.930 euros (490.000 pesetas), a un ciudadano senegalés alrededor de 2.000 euros (333.000 pesetas) y a un ciudadano rumano alrededor de 1.863 euros (310.000 pesetas). Fuente: Diario El País, jueves 27 de mayo de 2004, p. 26. Dependiendo de cuál sea la pena privativa de libertad, **especialmente en el caso de penas de corta duración en las que normalmente se procede a decretar la expulsión, sin duda alguna, resulta más económico el cumplimiento de la pena en nuestro país que la expulsión a su país de origen.**

CP— resulta totalmente acertada y tiene la clara y atinada finalidad, no sólo de contribuir a la eficacia de la actual política migratoria evitando el fraude en relación con las previsiones de la LEX, sino también en relación con la política comunitaria común en materia de extranjería²²; fraude que, según se dice, consistiría en cometer un delito o una simple falta con la finalidad de evitar la expulsión administrativa decretada, o en proceso de ser decretada, por la autoridad gubernativa. Se señala expresamente que «algunos extranjeros podrían llegar a cometer determinadas infracciones penales para evitar (o cuando menos retrasar) la expulsión del territorio español, otorgándose más tiempo para recuperar el capital invertido en el desplazamiento, acumular más capital, o evitar el regreso a un lugar al que no quiere volver, convirtiendo al delito en un mecanismo defraudatorio de la política común de inmigración»²³. Como veremos, estas opiniones olvidan el conjunto de baterías normativas existentes en nuestro país para expulsar al ciudadano extranjero delincuente. De hecho, la circunstancia de cometer un delito para evitar la expulsión administrativa lo único que puede hacer es retrasar la expulsión por un período escaso de tiempo pero, en ningún caso, conculcarla. Las disposiciones normativas en esta cuestión —a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos jurídicos— se encuentran coordinadas de tal forma y hasta tal punto que, como veremos, la comisión de un delito no puede impedir la expulsión —ni aunque el sujeto cumpla totalmente su condena—, sino que, hasta incluso, la puede acelerar y decretarse la misma antes de que exista condena. Pero es más, en el hipotético caso de que la comisión de un delito no consiga acelerar su expulsión, sino retrasarla hasta el cumplimiento de la condena —en caso de que no se decrete antes su expulsión— vía artículo 57 LEX o vía artí-

²² Así, vid. ROMA VALDÉS, A.: «La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros», op. cit., p. 853 quien, respecto a esta última señala que «si se condena a un extranjero y se le obliga a cumplir la pena privativa de libertad en España, se estará impidiendo el interés comunitario en la rígida aplicación de esa política, restándole eficacia».

²³ Así, expresamente, vid. *ibidem*. De parecida opinión se mostraba el antiguo Secretario de Estado de Extranjería Jaime I. González, vid. GONZÁLEZ, J.I.: «Política de extranjería», op. cit., pp. 31-32; también con opiniones similares, vid. THOMAS ANDREU, G.: «La intervención del Juez Penal en el internamiento preventivo del extranjero. La autorización judicial para expulsar extranjeros encartados en determinados delitos y la expulsión como sustitutiva del cumplimiento de penas impuestas en sentencia firme», en PICÓ LORENZO, C. (Dir.): *Extranjeros*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 37-1994, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 95; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. en CONDE-PUMPIDO / CÓRDOBA / DE MATEO / SANZ: *Tratado práctico de los procesos de extranjería*, T. III, Barcelona, 2002, p. 2406. La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003 señala expresamente que se lleva a cabo la reforma del artículo 89 CP con el propósito de «evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto».

culo 89 CP —ese «intento de fraude» se hace a un alto precio: ingresar en prisión hasta el cumplimiento de la pena y después ser expulsado del territorio nacional²⁴. Veamos, pues, esas previsiones normativas, perfectamente coordinadas, para evitar que el extranjero delincuente, antes o después, deje de permanecer en nuestro territorio.

Cuando un extranjero ha cometido una infracción penal —o se cree que la ha cometido, dado que hay supuestos en que sin existir condena se le puede expulsar, vulnerando claramente el principio de presunción de inocencia— nuestro Ordenamiento jurídico prevé actualmente varios supuestos de expulsión; evidentemente, también prevé supuestos de expulsión como consecuencia de la comisión de infracciones administrativas, concretamente, las contenidas en la ley de extranjería —Ley Orgánica 4/2000, en adelante LEX—, de las que no me voy a ocupar y de las que, como se sabe, el supuesto más paradigmático que da lugar a la expulsión es la entrada y residencia ilegal en nuestro país —artículo 53 a) en relación con el artículo 57.1 LEX—.

Para examinar las posibilidades jurídicas de expulsión de extranjeros, reitero, única y exclusivamente como consecuencia de la comisión de infracciones penales, deberemos distinguir entre aquellos casos en que la expulsión —como consecuencia de la comisión de una infracción penal— se puede llevar a cabo con anterioridad a la condena por parte de un Juez o Tribunal penal, y aquellos otros en los que la expulsión se puede —y debe²⁵— llevar a cabo con posterioridad a la condena. Bien entendido que, en ambos casos, el fundamento de la expulsión estriba primordialmente en que el sujeto ha cometido un delito o falta penales y, como veremos, a excepción de lo preceptuado en el CP, esa expulsión no necesariamente se fundamenta en la situación de ilegalidad administrativa en cuanto a su residencia puesto que hay supuestos en los que el extranjero delincuente puede ser expulsado aunque tenga en nuestro país la residencia totalmente legalizada.

1. *Expulsión con anterioridad a la existencia de condena.*

– **Artículo 57.7 de la LEX**²⁶. Conforme a este precepto, la expulsión se puede llevar a cabo **en fase de instrucción o de diligencias**

²⁴ Sin contar con que la expulsión también puede tener un claro efecto criminógeno para aquellos extranjeros que pretendan volver a su país y no tengan medios económicos para ello: la salida más factible es cometer un delito, por ejemplo, contra el patrimonio y así ser expulsados sin ningún coste económico para ellos.

²⁵ Así, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003 en el artículo 89 CP.

²⁶ Tal y como ha quedado redactado conforme a la Ley Orgánica 11/2003.

previas del proceso, esto es, simplemente «cuando el extranjero se encuentre procesado o inculpado»; y, a fin de que ello sea posible, la perfecta coordinación normativa a que antes he aludido, obliga al Ministerio Fiscal a comunicar a la autoridad gubernativa la existencia de procesos abiertos a extranjeros a los efectos de incoar un procedimiento administrativo de expulsión anterior a la condena²⁷. Se trata de una expulsión que tiene carácter administrativo, esto es, la decreta la autoridad gubernativa —más concretamente el Subdelegado del Gobierno o el Delegado del Gobierno correspondiente, en este último caso en las Comunidades Autónomas uniprovinciales²⁸— aunque **requiere autorización del Juez de Instrucción**²⁹, previa audiencia del Ministerio Fiscal —que, como regla general no se opondrá a la autorización de expulsión³⁰— y sin audiencia del extranjero que, no obstante, podrá recurrir la decisión de expulsión en vía contencioso-administrativa³¹. Cuando conste en el expediente administrativo el hecho de haber cometido un delito o falta —por el cual el extranjero todavía no ha sido sancionado— la autoridad gubernativa **deberá solicitar**³² al juez la autorización para proceder a su expulsión; en este sentido dicha expulsión sería una especie de *sustitutivo del proceso penal y no de la pena* puesto que *ésta no se llega a imponer debido a que se renuncia al procedimiento penal*³³. Al contrario de lo que pudiera parecer, este tipo de expulsión no se encuentra previsto sólo para faltas o delitos menores o menos graves, sino que **puede tratarse de delitos graves, siempre y cuando estén castigados con penas privativas de libertad de hasta seis años**, o delitos o faltas castigados con «una pena de distinta naturaleza»³⁴ —sin límite temporal o cuantitativo alguno—, esto es, también es aplicable a los supuestos de delitos o faltas castigados únicamente con penas de mul-

²⁷ Así, vid. artículo 136 del Reglamento de Extranjería (Real Decreto 864/2001, de 20 de julio).

²⁸ Vid. artículo 55.2 LEX.

²⁹ Que únicamente se limita a autorizar la ejecución de una medida administrativa sancionadora.

³⁰ En este sentido, el artículo 100.2 c) del Reglamento de Extranjería (R.D. 864/2001) señala que en estos procedimientos, «el Ministerio Fiscal **interesará con carácter general... la autorización de la expulsión**» del extranjero, salvo que otros hechos desaconsejen tal expulsión.

³¹ Y así se establece expresamente en el artículo 21.1 de la LEX y, tangencialmente, en el artículo 57.9 del mismo cuerpo legislativo.

³² Y digo bien, deberá solicitar, puesto que el artículo 57.7 LEX señala que «someterá al juez» la autorización para la expulsión. Es decir, la solicitud no tiene carácter potestativo sino obligatorio.

³³ Definiéndola como «una forma atípica de truncamiento del proceso», vid. PALOMO DEL ARCO, A.: «La expulsión de extranjeros en el proceso penal», *op. cit.*, p. 151.

³⁴ Según se recoge expresamente en el artículo 75.5 de la LEX tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003.

ta o de privación de derechos³⁵. **Puede afectar tanto a extranjeros residentes legales como a los ilegales**³⁶, de tal manera que *lo que fundamenta la expulsión no es la situación de ilegalidad en cuanto a su residencia, sino la comisión de un delito o una falta*, sea cual sea la pena con que se encuentren conminados a condición de que no sea una pena privativa de libertad superior a 6 años. No procederá esta clase de expulsión cuando el sujeto haya cometido alguno de los delitos enumerados en el artículo 89.4 CP que, a su vez, son los mismos que se encuentran enumerados en el artículo 57.7 c) de la LEX. Como se podrá comprobar esta clase de expulsión se lleva a cabo conculcando claramente el principio de presunción de inocencia dado que se efectúa antes de que un Juez o Tribunal declare la culpabilidad del sujeto³⁷ y, como ya se ha señalado, lo que fundamenta la expulsión no es el carácter de residente ilegal del delincuente —dado que también es aplicable a los extranjeros residentes legalmente—, esto es, no es la situación de ilegalidad administrativa lo que fundamenta la expulsión, sino la comisión de un delito o falta penales por los que, reitero, aún no ha sido condenado por ningún Juez o Tribunal. Y todo ello, además, sin olvidar que esta clase de expulsión —prácticamente como todas las demás— no tiene en cuenta los posibles intereses del perju-

³⁵ La procedencia de este tipo de expulsión en el caso de delitos o faltas no castigados con penas privativas de libertad sólo es posible después de la modificación del precepto —art. 57.7 LEX— operada por la Ley Orgánica 11/2003; con anterioridad sólo se podía proceder a la expulsión cuando se tratase de delitos o faltas conminados con penas privativas de libertad de hasta seis años. No obstante, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 3/2001, de 21 de diciembre, consideraba que tal expulsión también se podía llevar a cabo cuando el delito estuviese conminado sólo con penas de multa o privativas de derechos dado que sería ilógica «la renuncia al ejercicio del *ius puniendi* en relación con delitos castigados con pena privativa de libertad y prohibirla en relación con delitos de menor contenido de injusto y menos precisados de respuesta penal».

³⁶ Con algunas excepciones como es la de los extranjeros comunitarios y las recogidas en los artículos 57.5 y 57.6 de la LEX. En mayor extensión sobre las causas por las que la medida de expulsión no puede abarcar a los extranjeros comunitarios, cfr. *infra* cuando me refiera al concepto de extranjero no residente legal.

³⁷ En este mismo sentido, vid. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. en CONDE-PUMPIDO / CÓRDOBA / DE MATEO / SANZ: *Tratado práctico de los procesos de extranjería*, T. III, op. cit., pp. 2442, quien sostiene que si la solicitud de expulsión se apoya exclusivamente en los hechos que han dado lugar a la apertura del procedimiento penal «el Juez no puede autorizar la expulsión, pues de otro modo se incurriría en fraude de ley utilizando la medida de expulsión como una vía para eludir el principio constitucional de presunción de inocencia y las garantías propias del proceso penal». De la misma manera, considerando cómo la mera formulación de denuncias policiales o la incoación de diligencias penales como única base para sustentar la solicitud administrativa de expulsión, no resulta suficiente para llevar a cabo la expulsión por vulnerar el principio de presunción de inocencia, vid. STS, Sala 3ª, de 27 de octubre de 2000; en parecidos términos, SAP de Bilbao, Sección 2ª, de 18 de marzo de 1998 y Auto AP de Madrid, Sección 5ª, de 27 de octubre de 2000.

dicado o víctima del delito, fundamentalmente en orden a la sustanciación de las responsabilidades civiles³⁸.

2. *Expulsión con posterioridad a la existencia de condena por sentencia.*

- **Artículo 89.1 primer párrafo CP.** Expulsión de carácter judicial tras la condena, por delito o falta, a una pena privativa de libertad inferior a 6 años. La pena privativa de libertad se sustituye por la expulsión del territorio nacional. No cabe en el caso de que el delito o falta se encuentre conminado con una pena de distinta naturaleza. Se aplica únicamente en los casos de extranjeros no residentes legales y el fundamento de la medida estriba en la comisión de un delito unida a la situación de ilegalidad administrativa. Cuestiones de las cuales me ocuparé en extenso en el presente trabajo.

- **Artículo 89.1 segundo párrafo CP.** Expulsión de carácter judicial tras la condena a una pena privativa de libertad superior a 6 años. En este caso, la pena privativa de libertad se comienza a ejecutar en un centro penitenciario y sólo se procede a la sustitución cuando el extranjero haya cumplido las 3/4 de la misma o, sin necesidad de haber cumplido esas 3/4 partes, cuando haya accedido al tercer grado de clasificación penitenciaria. Se aplica sólo en el caso de extranjeros no residentes legalmente en nuestro país. La comisión de un delito, unida a la situación de ilegalidad administrativa, es lo que fundamenta la expulsión. Cuestiones todas ellas de las que me ocuparé en extenso en el presente trabajo.

- **Artículo 108 CP actualmente en vigor.** Expulsión de carácter judicial aplicable en los supuestos en que se haya impuesto alguna medida de seguridad privativa de libertad. Se sustituye la medida de seguridad privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional. No importa cuál sea la medida privativa de libertad impuesta, ni la duración de la misma. Se aplica sólo en el caso de extranjeros sin residencia legal. La comisión de un delito, unida a la situación de ilegalidad administrativa, es lo que fundamenta la expulsión cuando, paradójicamente, en estos supuestos el cumplimiento de la medida de seguridad se muestra como totalmente necesario; pensemos, por ejemplo, en que la medida de seguridad impuesta consista en el internamiento en un centro de des-

³⁸ En este último sentido, vid. también ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», op. cit., p. 34.

intoxicación: la expulsión en este caso resultaría contraproducente y, hasta incluso, se podría decir que falta de humanidad.

- **Artículo 108 CP tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003**³⁹. Expulsión de carácter judicial aplicable en los supuestos, tanto de medidas de seguridad privativas de libertad, como de medidas de seguridad no privativas de libertad. Esto es, la reforma incrementa las posibilidades de expulsión en el caso de las medidas de seguridad no privativas de libertad; expulsión para estos casos que no se encontraba prevista en la originaria redacción del CP 1995 y que al promulgar la Ley Orgánica 11/2003 tampoco se reformó, quizás por olvido del legislador; olvido que ha venido a subsanar la Ley Orgánica 15/2003. Tanto unas como otras medidas de seguridad —privativas y no privativas de libertad—, se sustituyen por la expulsión del territorio nacional con independencia de cuál sea su naturaleza o duración. Sólo se aplica en el supuesto de extranjeros no residentes legalmente en nuestro país. La comisión del delito, unida a la situación de ilegalidad administrativa, es lo que fundamenta la aplicación de la medida.

- **Artículo 57.2 LEX**. Se trata de una expulsión de carácter administrativo que es aplicable tanto a los extranjeros residentes legales como a los residentes ilegales⁴⁰. Para proceder a la expulsión, y tras la sustanciación del correspondiente expediente administrativo, basta simplemente con haber cometido un delito doloso sancionado con una pena privativa de libertad superior a 1 año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados. Es indiferente que el delito se haya cometido en nuestro país o en un país extranjero; en este último caso también cabe la expulsión. Si se trata de un delito cometido en nuestro país, el precepto no establece clara y expresamente que la expulsión se haya de llevar a cabo con posterioridad a la condena y al cumplimiento de la pena —extremo éste que, como veremos, sí queda claramente establecido en el artículo 57.8, *vid. infra*—; con ello, hipotéticamente, se podría llegar a sostener que si el extranjero delincuente —reitero, con residencia legal o ilegal— es detenido por la autoridad gubernativa con posterioridad a la condena, *pero antes de que ésta se empiece a ejecutar*, también cabría la expulsión, aunque, en este último caso se corre el riesgo de que tal expulsión sea considerada como un delito de encubrimiento —cometido por la autoridad gubernativa que decretase la expulsión— conforme a lo establecido en el artículo 451 3º b) del CP si existiese orden de busca y cap-

³⁹ Esto es, a partir del 1 de octubre de 2004.

⁴⁰ Con excepciones como la de los ciudadanos comunitarios y los sujetos a que se refieren los artículos 57.5 y 57.6 de la LEX. Respecto a las razones de que no se pueda proceder a la expulsión en el caso de los ciudadanos comunitarios, cfr. *infra* cuando me refiera al concepto de extranjero no residente legal.

tura y, naturalmente, no existiese orden de expulsión conforme al artículo 89 CP. No obstante, no me parece la interpretación más correcta, aunque pudiera venir avalada por otras previsiones normativas como la establecida en la Disposición Adicional 17ª de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, que obliga a los órganos judiciales a comunicar a la autoridad gubernativa las condenas impuestas a extranjeros por delitos dolosos castigados con penas privativas de libertad superiores a un año «a los efectos de incoación del correspondiente expediente sancionador»⁴¹; parece, pues, que de esta previsión normativa cabe deducir que el expediente de expulsión se puede, y debe, incoar desde el momento mismo en que se recibe la comunicación por parte de la autoridad gubernativa —momento en el cual no necesariamente se puede haber empezado a ejecutar la pena privativa de libertad—, sin necesidad de esperar para tal incoación al momento en que el sujeto finalice la condena. Con todo, y como he señalado con anterioridad, si no se ha decretado por la autoridad judicial la expulsión conforme al artículo 89 CP, la posible expulsión administrativa vía artículo 57.2 después de la condena, pero antes del comienzo de la ejecución de la misma por parte del extranjero, podría constituir un delito de encubrimiento en la medida en que se ayuda al extranjero a sustraerse a la responsabilidad penal.

Naturalmente, la expulsión con posterioridad al cumplimiento de la pena —vía artículo 57.2 LEX— también plantea problemas adicionales relacionados con la vulneración del principio *non bis in idem*⁴². Nótese que el fundamento para la imposición de ambas sanciones —privativa de libertad y expulsión conforme al artículo 57.2 LEX— es el mismo: haber cometido un delito doloso tipificado con una pena privativa de libertad superior a un año; recordemos que la expulsión vía artículo 57.2 LEX se puede imponer tanto a los extranjeros residentes legales como a los extranjeros residentes ilegales; en otros términos, el fundamento de esa expulsión —de esa segunda sanción administrativa que se impone con posterioridad al cumplimiento de la sanción penal— no reside en la situación de legalidad o ilegalidad de la residencia, sino, como se

⁴¹ No obstante, esa obligación de comunicación no es nueva, sino que ya se encontraba prevista en el Reglamento de Extranjería (Real Decreto 864/2001, de 20 de julio) pero fue anulada por la STS, Sala 3ª, de 20 de marzo de 2003, por tratarse de una imposición a los jueces y tribunales que alteraba su Estatuto sin tener, como Reglamento que era, jerarquía normativa para operar tal alteración. En consecuencia, lo que se hizo fue volverla a introducir a través de la Disposición Adicional 17ª de la Ley Orgánica 19/2003.

⁴² En este mismo sentido, vid. ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», op. cit., p. 38; RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal», en *Jueces para la Democracia*, núm. 33, 1998, p. 63.

ha dicho, única y exclusivamente en la comisión de un delito doloso conminado con más de un año de privación de libertad. Además, el sujeto y los hechos son los mismos, con lo cual concurre totalmente la triple identidad que da lugar a la vulneración del principio *non bis in idem*⁴³. Naturalmente, otra cosa es que el expediente de expulsión se incoe por la vía del artículo 57.1 LEX —situación de residencia ilegal—, en cuyo caso no existiría tal vulneración porque, tanto los hechos como el fundamento de ambas sanciones serían distintos. No obstante, este último hecho cierra la vía a que el extranjero residente legal pueda ser expulsado por la comisión de un delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año porque, en este caso, como se ha dicho, la única vía posible de expulsión —la del artículo 57.2— queda vedada por vulnerar el principio *non bis in idem* al resultar idéntico el fundamento de ambas sanciones.

- **Artículo 57.8 LEX.** Expulsión de carácter administrativo que se encuentra sólo prevista para la comisión de los delitos de los artículos 312, 318 bis, 516.6º, 517 y 518 CP. En estos casos existe una prohibición absoluta de expulsión antes del cumplimiento de la condena —prohibición establecida en los artículos 57.7 c) LEX y 89.4 CP— y, en consecuencia, la expulsión se lleva a cabo tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Se aplica tanto a residentes legales como a ilegales⁴⁴ y plantea los mismos problemas en cuanto a la vulneración del principio *non bis in idem* que acabamos de poner de relieve respecto al artículo 57.2, aunque respecto a esta última cuestión tendremos ocasión de pronunciarnos con posterioridad en mayor extensión.

⁴³ En mayor extensión sobre esa triple identidad, vid. MUÑOZ LORENTE, J.: *La nueva configuración del principio non bis in idem*, Madrid, 2001, *passim*. Con todo, vid. el cuestionable Auto TC 331/1997, de 3 de octubre, en el que se considera que no resulta vulnerado el principio *non bis in idem* debido al distinto fundamento de las sanciones: "la pena de prisión le ha sido impuesta en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes»; bien es cierto que esos dos ámbitos deberían atender a intereses públicos netamente diferentes pero, naturalmente, otra cosa es que esos intereses, en la realidad, sean totalmente distintos dado que, como aquí se ha sostenido, el marco penal —artículo 89 CP— no es otra cosa que un instrumento más de la política de extranjería que responde a los intereses de ésta y no a los intereses propios del Derecho Penal (prevención general y especial). En consecuencia, como sostengo, la vulneración del principio *non bis in idem* resulta totalmente patente.

⁴⁴ Con excepciones como la de los ciudadanos comunitarios y los sujetos a que se refieren los artículos 57.5 y 57.6 de la LEX. Respecto a las razones de que no se pueda proceder a la expulsión en el caso de los ciudadanos comunitarios, cfr. infra cuando me refiera al concepto de extranjero no residente legal.

En definitiva, como se ha señalado antes, un gran número de previsiones o baterías legislativas con un frente común: expulsar a los extranjeros que hayan cometido algún tipo de infracción penal, aunque tradicionales y fundamentales principios del Derecho Penal en particular, y del Derecho sancionador en general, queden en entredicho, cuando no abiertamente vulnerados a pesar de tratarse de principios expresamente constitucionalizados. En cualquier caso, de todas esas previsiones encaminadas a un único fin —expulsar al extranjero delincuente—, en este lugar, sólo nos ocuparemos de las medidas de expulsión contenidas en el artículo 89 del CP y previstas como sustitutivas de las penas privativas de libertad, sin perjuicio de que, en algunos casos, resulte necesario aludir a alguna de las otras previsiones que se han expuesto.

III. La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de la pena privativa de libertad. El artículo 89 CP.

1. *Aproximación histórica*

El Código Penal de 1995 introdujo en su originario articulado una figura extraña⁴⁵: la expulsión del territorio nacional de los extranjeros que no fuesen residentes legales en nuestro país y que hubiesen cometido un delito o falta tipificados con pena privativa de libertad. Semejante medida se contemplaba —y se sigue contemplando— en el artículo 89 CP, que recientemente ha sido reformado por la Ley Orgánica 11/2003 y que, ya también, con anterioridad, fue objeto de reforma por la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la LEX del mismo año 2000. La expulsión del territorio nacional del extranjero delincuente y sin residencia legal se contempla como una medida sustitutiva de las penas privativas de libertad inferiores a 6 años y, también, como una forma de libertad condicional *sui generis*⁴⁶ sustitutiva de parte de la pena para el caso de las penas privativas de libertad iguales o superiores a 6 años. Tan sólo existe una prohibición expresa de expulsión recogida en el artí-

⁴⁵ Calificándola como perturbadora, vid. VAELO ESQUERDO, E.: «El sistema de penas», en DEL ROSAL BLASCO, B. (Edit.): *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 32.

⁴⁶ Y lo califico como forma de libertad condicional *sui generis* porque, como más adelante se verá, no se trata de una auténtica figura de libertad condicional al no exigir el cumplimiento de los requisitos propios de los supuestos generales o excepcionales de libertad condicional, salvo el de haber cumplido las 3/4 partes de la pena o haber accedido al tercer grado penitenciario; por otro lado, los efectos tampoco son idénticos a los de la libertad condicional dado que la expulsión no se encuentra condicionada al hecho de que el sujeto expulsado no delinca.

culo 89.4 cuando el extranjero haya cometido alguno de los delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal⁴⁷.

He señalado que la expulsión del extranjero delincuente es una figura extraña en el Ordenamiento penal porque, en nuestra historia más reciente, ningún CP la contemplaba hasta que fue originariamente introducida por el CP de 1995. Es más, la figura no encuentra ningún tipo de parangón con su antecedente más inmediato: el CP, texto refundido, de 1973, que en ninguna parte de su articulado establecía la expulsión del extranjero, ni como una pena, ni como una medida sustitutiva de las penas privativas de libertad. La única figura asimilable o parecida que se recogía en el CP de 1973, pero que en realidad era totalmente distinta, aparecía constituida por la pena de extrañamiento; ésta tenía un carácter ciertamente residual, por no decir decorativo u ornamental. El extrañamiento tenía el carácter o la naturaleza de una pena autónoma —esto es, no se trataba de una medida sustitutiva de las penas privativas de libertad— y consistía en la expulsión del territorio nacional durante el tiempo de la condena⁴⁸; tiempo que podía oscilar entre 12 años y un día y 20 años⁴⁹. **Era aplicable tanto a extranjeros como a nacionales** y, lo más importante, sólo se encontraba prevista para la comisión de un único delito: el contenido en el artículo 149 CP 1973 cuya conducta consistía en la invasión violenta o intimidatoria del «Palacio de las Cortes, si estuvieran reunidas». Fuera de este último precepto, ningún otro preveía tal pena.

Para encontrar un antecedente legislativo de la introducción de una figura similar a la expulsión de los extranjeros delincuentes en algún CP nos tenemos que remontar al CP de 1928; Código que, como se sabe, se insertaba en una etapa histórica y política —la de la dictadura de Primo de Rivera— que hizo que aquél texto legislativo tuviese unos marcados rasgos defensistas⁵⁰. Es precisamente en los artículos 99 y 130 del referido Código de 1928 dónde, por primera vez en nuestra historia, aparece la institución de la expulsión de los extranjeros como consecuencia de la comisión de delitos⁵¹. No conviene detenerse en un examen por-

⁴⁷ Esto es, delitos de tráfico ilegal de mano de obra y/o empleo de súbditos extranjeros en condiciones perjudiciales, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos de favorecimiento o integración en asociaciones ilícitas que promuevan el tráfico ilegal de personas.

⁴⁸ Vid. artículo 86 CP 1973.

⁴⁹ Vid. artículo 30 CP 1973.

⁵⁰ En este último sentido y de forma general respecto al Código Penal de 1928, vid. GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 25.

⁵¹ Así, el artículo 99 señalaba expresamente que «los Tribunales, en sus sentencias, decretarán la expulsión de los extranjeros del territorio nacional, además de imponerles la

menorizado de estos preceptos, pero sí me gustaría en estos momentos llamar la atención sobre un extremo que resulta ciertamente paradójico como es el de que los posteriores Códigos Penales —concretamente el Código republicano de 1932 y, especialmente, el totalitario de 1944 que dio lugar al texto refundido de 1973— no recogieran entre sus previsiones la figura de la expulsión del extranjero y, singular o paradójicamente, esa figura sí fuese recogida por el que se denomina cómo «Código Penal de la democracia»⁵². Bien es cierto que, en la época en que se promulgaron los dos Códigos anteriores al actual —1932 y 1944/1973—, los flujos migratorios de entrada en nuestro país no eran tan intensos y notorios como lo son en la actualidad⁵³ y quizás el legislador no consideró oportuno ni necesario realizar esas previsiones en torno a los extranjeros delincuentes; pero, como ya he expresado con anterioridad, también es cierto que un Código Penal, y más un Código Penal democrático, nunca debe ser utilizado como un instrumento de política migratoria⁵⁴, que en rea-

pena correspondiente, en los mismos casos en que, si el delincuente fuese español, habrían de exigirle caución; y **podrán, asimismo, acordarla en los demás casos que estimen oportuno**». Por su parte el artículo 130 señalaba que «la expulsión de los extranjeros, decretada por los Tribunales como medida de seguridad, será comunicada a las Autoridades gubernativas del lugar en que el reo deje extinguida la condena que le haya sido impuesta, o del en que residiere, para que se lleve a efecto en el plazo que el Tribunal haya fijado para ello».

⁵² Considerando cómo se trata de una denominación ciertamente optimista para aplicarla al Código Penal de 1995, vid. LANDROVE DÍAZ, G.: «Prisión y sustitutivos penales», en QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS (Coords.): *El nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 426. La figura de la expulsión del extranjero también fue recogida por la mayoría de Borradores, Anteproyectos y Proyectos posteriores a la Constitución y anteriores a la promulgación del Código Penal de 1995. En efecto, el precepto arranca ya de las previsiones efectuadas en el artículo 84 del Borrador de Código Penal de 1980 y se reiteró en los Anteproyectos de 1992 y 1994. Al respecto, vid. MANZANARES / CREMADES: *Comentarios al Código Penal*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1996, p. 47.

⁵³ Es más, conviene hacer notar cómo hemos pasado de ser un país de emigración o de emigrantes a ser un país de inmigración como consecuencia del desarrollo económico experimentado que hemos experimentado en las últimas décadas. No obstante, y a pesar de ser históricamente un país de emigración, desde antiguo, sí se ha encontrado prevista la expulsión **administrativa** de extranjeros. Cfr. *infra*.

⁵⁴ En este mismo sentido, vid. CUGAT MAURI, M.: «La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho Penal», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 6, 2001, p. 24, en donde expresamente señala que «la expulsión penal no puede utilizarse para reprimir la entrada ilegal de inmigrantes, puesto que no afecta a un bien jurídico de suficiente entidad para el derecho penal... la expulsión como consecuencia jurídico-penal no puede utilizarse como el instrumento principal del control de la inmigración» y, la misma autora, añade en páginas posteriores (pp. 36-37) como «cunde la sospecha de que en la práctica la expulsión se aplica como medida de represión de la inmigración ilegal... y no de prevención de la criminalidad... En todo caso lo que debe evitarse es la aplicación sistemática de la misma, puesto que el control de la migración no corresponde al derecho penal sino al administrativo».

lidad es lo que parece desprenderse de las previsiones que, en relación con la expulsión de los extranjeros, realizaba originariamente el Código Penal de 1995; idea que se corrobora tras las sucesivas reformas que se han ocupado de la cuestión —especialmente las operadas a través de la Ley Orgánica 11/2003 y a través de la Ley Orgánica 19/2003—.

Pero, volviendo a los antecedentes legislativos de la figura de la expulsión penal, es necesario hacer notar cómo, entre el CP de 1928 y el CP de 1995, todavía es posible encontrar en nuestro Ordenamiento algunas figuras similares, no contenidas en una norma de carácter penal. Me refiero, por una parte, al Decreto 522/1974, de 14 de febrero, sobre régimen de entrada, permanencia y salida del territorio nacional de extranjeros que, en sus artículos 29 y 30, preveía la expulsión del extranjero cuando hubiese sido condenado **sólo por determinados delitos** —«actividades contrarias al orden público o a la seguridad del Estado»— y, además, *únicamente cabía la expulsión tras haber comprobado la extinción de la responsabilidad penal; es decir, tras haber cumplido la condena y no como un sustitutivo de la pena tal y como ahora se prevé en el artículo 89 CP*; en definitiva, se trataba de una figura similar a la que, como se ha visto, ahora se contiene en el artículo 57.2 de la LEX, con la única diferencia, como vimos, de que este último precepto no discrimina entre los diferentes delitos contenidos en el CP con tal de que se trate de delitos dolosos y estén castigados con una pena privativa de libertad superior a un año.

Por otra parte, el precedente legislativo más cercano e inmediato al originario artículo 89 CP 1995 se encontraba en vigor hasta que fue tácitamente derogado con la promulgación del CP de 1995 y la previsión en el mismo de la figura de la expulsión del extranjero. En efecto, antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995 la medida de la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión de los extranjeros condenados por sentencia firme ya se encontraba expresamente prevista en nuestro Ordenamiento jurídico; más concretamente en el Ordenamiento administrativo, aunque, a juicio de algunos, tuvo escasa aplicación práctica⁵⁵ —quizás por encontrarse extramuros del Código Penal— y

⁵⁵ De esta opinión, vid. ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», op. cit., p. 32; DE OÑA NAVARRO, J.M.: «Los sustitutivos penales», en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, T. I., Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1997, p. 269, quien, como consecuencia de la escasa aplicación del artículo 21.2 párrafo II de la LEX de 1985, confiaba en que respecto al nuevo Código no se extendiese ampliamente el uso de la expulsión de extranjeros porque podría llevar a **situaciones inícuas y peligrosas** relacionadas con la patente carencia preventivo general de la medida. Como veremos las posteriores reformas del artículo 89 CP han venido a defraudar la confianza depositada en que la expulsión no se convirtiese en regla general.

ello, a pesar de que, desde la Fiscalía General del Estado, se instó a los Fiscales a solicitar, de modo general, la expulsión en todo procedimiento penal en que se encontrase incurso un extranjero «salvo que la excepcionalidad de las circunstancias concurrentes sugieran lo contrario»⁵⁶. Dicha figura se contemplaba en el artículo 21.2 párrafo II de la actualmente derogada Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España o Ley de Extranjería de 1985 (en adelante LEX de 1985). En dicho precepto se preveía expresamente que:

«si un extranjero fuere condenado por delito menos grave⁵⁷ y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrá 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 originario artículo 89 CP de 1995 no venía a ser más que *una copia con matices* de lo que se contenía en el precepto transcrito de la LEX de 1985⁵⁸; y señalo *copia con matices* porque, en realidad, **el originario artículo 89 y concordantes del Código**⁵⁹ **ampliaban —y amplían— considerablemente los supuestos objetivos en que se podía proceder a la expulsión**⁶⁰: la expulsión ya no se limitaba a los casos de penas privativas de libertad, sino también de medidas de seguridad privativas de

⁵⁶ Así, se pronunciaba expresamente 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 España de la que no me resisto a transcribir el correspondiente párrafo en que así se procede: «En conclusión, si un extranjero fuese condenado por delito menos grave en sentencia firme, *el Ministerio Fiscal solicitará su expulsión por decisión judicial como sustitutiva de la condena impuesta*, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2º del citado artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, salvo que la excepcionalidad de las circunstancias concurrentes sugieran lo contrario» (la cursiva y negrita son mías). Idéntica indicación para que los Fiscales solicitasen la expulsión se daba en la Circular 3/2001, de 22 de diciembre.

⁵⁷ Y, según la definición auténtica de la referida Ley de Extranjería de 1985, delitos menos graves eran «los castigados en nuestro Ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor», esto es, igual o inferior a 6 años; así, vid. artículo 21.2 primer párrafo de la citada LEX de 1985.

⁵⁸ En parecido sentido, señalando cómo el originario artículo 89 del Código Penal heredaba muchos de los defectos del artículo 21.2 párrafo II de la LEX de 1985, vid. SERRANO PASCUAL, M.: *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, Trivium, Madrid, 1999, p. 385. Y yo añadiría que no sólo heredaba muchos de sus defectos, sino que los ampliaba notablemente.

⁵⁹ Así, el artículo 108 que preveía —y prevé— la sustitución por expulsión de las medidas de seguridad privativas de libertad.

⁶⁰ Y de ello parecía sorprenderse la Fiscalía General del Estado cuando, en su Circular 3/2001, afirmaba expresamente que «la medida de expulsión alcanza en la normativa actual [originario artículo 89 CP de 1995] una extensión desconocida antes...

libertad —artículo 108—; la sustitución por la expulsión también era aplicable al supuesto de penas privativas de libertad superiores a 6 años siempre y cuando se hubiesen cumplido las 3/4 partes de las mismas; respecto a las penas privativas de libertad inferiores a 6 años también se ampliaban los supuestos objetivos dado que si la LEX de 1985 se refería a los delitos conminados en abstracto con penas inferiores a 6 años⁶¹, el originario artículo 89 tenía en cuenta la pena concretamente impuesta, con independencia de que se tratase de un delito menos grave o de un delito grave⁶² y, en consecuencia, era posible acceder a la expulsión aunque el sujeto fuese condenado por un delito grave —conminado en abstracto con una pena muy superior a 6 años— si la pena concretamente impuesta era inferior a 6 años; de la misma forma, el originario artículo 89 eliminaba una exigencia que se contenía en la LEX 1985; exigencia que, en muchos casos, imposibilitaba, o cuando menos retrasaba, la expulsión: la satisfacción de las responsabilidades civiles dimanantes del delito; responsabilidades civiles que, en una gran mayoría de casos, no podían ser satisfechas por los extranjeros delincuentes⁶³. En definitiva, con la originaria introducción del artículo 89 en el CP de 1995 ya se adivinaba cuál era la verdadera razón de la medida: servir de instrumento a los fines de la política migratoria aumentando el número de

desbordando el marco normativo del artículo 21.2.2 de la Ley Orgánica 7/1985». En idéntico sentido al del texto y considerando cómo el artículo 89 venía a ampliar de forma importante el ámbito objetivo de la regulación contenida en la LEX de 1985, vid. SÁNCHEZ YLLERA, I.: «Artículo 89», en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 504; de la misma opinión, vid. PERIS RIERA / MADRID CONESA: «Artículo 89», en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, Edersa, Madrid, 2000, p. 1203; RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal», en *Jueces para la Democracia*, núm. 33, 1998, p. 60.

⁶¹ Así se señalaba expresamente en la Circular 1/1994 de la Fiscalía General del Estado puesto que la LEX de 1985 indicaba que había de tratarse de delitos «menos graves» y, según la definición auténtica contenida en el artículo 21.2 primer párrafo de la referida LEX, delitos menos graves eran «los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor»; esto es, igual o inferior a seis años de privación de libertad.

⁶² Recordemos que, en el CP de 1995 son delitos graves aquellos castigados con penas privativas de libertad superiores a 3 años. Cuando entre en vigor la Ley Orgánica 15/2003 los delitos graves serán aquellos castigados con penas privativas de libertad superiores a 5 años. Aún así, a la comisión de delitos graves también se les podría aplicar la medida de expulsión, siempre y cuando la pena final y concretamente impuesta fuese inferior a 6 años.

⁶³ Bien es cierto que la Fiscalía General del Estado interpretaba esa exigencia de una forma bastante laxa en el sentido de que para proceder a la expulsión no era necesario asegurar o satisfacer las responsabilidades civiles, sino que solamente bastaba con constatar la insolvencia del sujeto para que la expulsión fuese posible. En este sentido, la Circular 1/1994 señalaba expresamente que «los señores Fiscales cuidarán antes de informar la expulsión de que se haya acreditado la insolvencia o se encuentren satisfechas las responsabilidades civiles».

supuestos en que era posible llevar a cabo la expulsión y agilizar, sobre manera, la expulsión del extranjero delincuente⁶⁴; finalidades que, como veremos, se han visto corroboradas en las posteriores reformas llevadas a cabo.

No obstante, si con la incorporación al originario artículo 89 CP de la figura de la sustitución de la pena contenida en la LEX de 1985 se ampliaban los supuestos objetivos en que era posible proceder a la expulsión, es preciso hacer notar cómo también se reducían los supuestos subjetivos en que se podía proceder a tal expulsión; reducción del ámbito subjetivo que, lejos de ser recibida con parabienes, no hace más que confirmar nuevamente cómo la finalidad perseguida con la introducción del precepto en el CP no era otra que servir de instrumento a los fines de la política migratoria. En efecto, si con las previsiones del artículo 21.2 párrafo II de la LEX 1985 era posible la sustitución de la pena por la expulsión **en el caso de cualquier extranjero delincuente** —esto es, con residencia legal o ilegal⁶⁵—, el originario artículo 89 CP 1995 la restringía —y la sigue restringiendo— única y exclusivamente a los extranjeros «ilegales» o, mejor dicho, a los extranjeros sin residencia legal en nuestro país dado que, como veremos, la medida de expulsión también se puede aplicar a extranjeros que se encuentren en nuestro país en una situación de legalidad administrativa pero sin poseer el *status* de residente. La reducción de la aplicación de la medida de expulsión a los extranjeros delincuentes sin residencia legal viene a confirmar lo que ya he venido denunciando: que el CP se emplea como un instrumento más de la política migratoria con el fin de reducir el contingente de extranjeros residentes ilegales existente en nuestro país. Algo que, en todo caso, como ya se ha señalado, no le corresponde a un CP democrático.

Las reformas que con posterioridad se han llevado a cabo sobre el precepto, a pesar de ser en muchos casos significativas, en esencia, no

⁶⁴ Así, constatando expresamente esa finalidad respecto a la eliminación de la exigencia de la satisfacción de las responsabilidades civiles y resaltando cómo la misma pretendía agilizar y aumentar las expulsiones de extranjeros delincuentes, vid. POZA CISNEROS, M.: «Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código Penal», en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Manuales de formación continuada, núm. 4, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 338; en parecidos términos, ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», op. cit., p. 45.

⁶⁵ Puesto que el citado precepto de la LEX de 1985 se refería de modo genérico al «extranjero» condenado. Y extranjeros, según el artículo 1 de la LEX 1985, eran todos aquellos que careciesen de la nacionalidad española; quedando únicamente excluidos de ese concepto de extranjeros, según el artículo 2: los agentes diplomáticos y funcionarios consulares y sus familiares.

han variado la inicial configuración y estructura del mismo aunque sí han puesto de relieve la clara filosofía perseguida con el mismo —ser utilizado como instrumento de política migratoria— que, en la inicial configuración del artículo 89, sólo se intuía.

La primera reforma del precepto, operada a través de la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la LEX del mismo año 2000, introdujo un número 4º en el artículo 89 en el que se prohibía —y se sigue prohibiendo— la sustitución de la pena por la medida de expulsión respecto a determinados y concretos delitos relacionados con el tráfico ilegal de mano de obra y/o empleo de súbditos extranjeros, con los delitos contra los derechos de los extranjeros y con el favorecimiento o integración en asociaciones ilícitas dedicadas al tráfico ilegal de personas. Prohibición ésta que, como se verá, tiene todo sentido de cara a evitar la continuidad delictiva de sus autores y la disuasión de otros potenciales autores; continuidad delictiva que, casi con toda seguridad, se daría si la pena privativa de libertad se sustituyese por la expulsión del territorio nacional; pensemos en los patrones de las denominadas «pateras» a quienes, tras ser condenados, se les sustituyese la pena por la expulsión; la continuidad delictiva sería casi segura —al día siguiente de la expulsión podrían seguir patroneando nuevas «pateras»— y el efecto criminógeno respecto a otros sujetos sería claro dado que les estaría enviando el mensaje de que la conducta de patronear «pateras» no es delictiva en nuestro país o, si lo es, no tiene ningún tipo de consecuencia penal salvo la de ser repatriado que, como se podrá comprender, no es percibido por tales sujetos como un mal. En este sentido, me gustaría hacer notar cómo el propio CP es consciente de algo que acabo de denunciar: el efecto criminógeno que puede tener la sustitución de la pena por la expulsión y, por eso, articula en el artículo 89.4 la prohibición de sustitución. Pero, no nos engañemos, ese efecto criminógeno se da tanto respecto de los delitos contenidos en el artículo 89.4, en los que se prohíbe expresamente la expulsión, como respecto al resto de los delitos contenidos en el CP y en relación con los cuales se permite —e incluso, como veremos, se obliga— a realizar la expulsión; algo en todo caso que parece un contrasentido: aceptar el efecto criminógeno de la medida respecto de unos delitos y rechazarlo respecto a la gran mayoría de delitos contenida en el CP.

La segunda y principal reforma del precepto se ha llevado a cabo recientemente a través de la Ley Orgánica 11/2003, que modifica los números 1, 2 y 3 del artículo 89 CP. En esencia, y como se ha dicho antes, esta reforma no varía la inicial estructura del precepto —que sigue distinguiendo entre penas privativas de libertad inferiores a 6 años o superiores a 6 años— y, por supuesto, sigue previendo su sustitución por la expulsión del territorio nacional. No obstante, la reforma introduce cam-

bios significativos, de orden fundamentalmente técnico y también de orden sustantivo, encaminados principalmente a lograr la automaticidad en la aplicación de la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión⁶⁶; en definitiva, cambios encaminados a facilitar las posibilidades de expulsión haciendo más eficaz la instrumentalización de la medida de acuerdo con las finalidades de la política migratoria. De la misma manera la reforma del año 2003, como veremos, introduce algunos cambios destinados a aclarar ciertos extremos que, con la inicial configuración del artículo 89, quedaban poco claros y que, en una interpretación sistemática del mismo, conducían a conclusiones contrarias a la filosofía del precepto: que el artículo 89 del CP sirva como instrumento de ayuda a la política migratoria. No obstante, la reforma también endurece bastante los efectos de la expulsión del territorio nacional hasta límites prácticamente insospechados que no hacen más que confirmar la pretensión de utilizar el CP como instrumento de política migratoria. En realidad, lo único que no cambia con la reforma es la estructura inicial de distinción entre penas privativas de libertad inferiores y/o superiores a 6 años y el artículo 89.4 que, como se ha señalado, ya fue objeto de introducción por la Ley Orgánica 8/2000.

Conviene, pues, descender al análisis de las concretas previsiones que realiza el CP en el artículo 89 y las modificaciones que ha sufrido, fundamentalmente, tras la promulgación de la Ley Orgánica 11/2003.

2. Estructura del artículo 89 CP.

A la hora de sustituir la pena privativa de libertad impuesta a un extranjero no residente legal en nuestro país, el artículo 89 del CP —tanto antes de su reforma por la Ley Orgánica 11/2003, como con posterioridad a ésta— distingue dos supuestos: el primero, que se trate de una pena privativa de libertad inferior a 6 años —artículo 89.1 primer párrafo— y, el segundo, que se trate de una pena privativa de libertad superior a 6 años —artículo 89.1 segundo párrafo—. La forma y requisitos de adopción son distintos en uno y otro caso aunque, sin duda alguna, existen algunos puntos en común.

A. Sustitución por expulsión en el caso de penas privativas de libertad inferiores a 6 años

Como se ha señalado, esta clase de sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión se encuentra recogida en el artículo 89.1 pri-

⁶⁶ Automaticidad que, como veremos, ha sido notablemente matizada por la interpretación que del precepto ha realizado la reciente STS 901/2004, de 8 de julio.

mer párrafo y la expulsión supone una sustitución total de la pena impuesta o, si se quiere, una renuncia absoluta —y prácticamente incondicionada— a la pena. Los requisitos objetivos para proceder a la expulsión son los siguientes

a) Requisitos objetivos.

El primer y principal requisito objetivo viene determinado por la duración de la pena privativa de libertad impuesta que ha de ser, en todo caso, inferior a seis años. A este respecto, y en primer lugar, es preciso hacer notar cómo la medida no queda restringida a penas privativas de libertad de corta duración —esto es, de hasta 2 años⁶⁷— como ocurre con el resto de las alternativas a la prisión —remisión condicional y sustitución de la pena en sentido estricto—⁶⁸, y ello a pesar de que la medida de expulsión se encuentre recogida en el Capítulo de las alternativas a las penas privativas de libertad de corta duración. Este hecho —aplicación de la expulsión a penas que se encuentran muy por encima de lo que se suele concebir como penas cortas privativas de libertad, esto es, penas inferiores a dos años— ya supone introducir un elemento distorsionador respecto al carácter de la expulsión como una verdadera y clara alternativa a la pena privativa de libertad dado que es posible aplicarla en el caso de penas de larga duración⁶⁹.

Puesto que el artículo 89 se refiere expresamente a «las penas privativas de libertad» habrá que entender que no sólo se trata de sustituir las penas de prisión en sentido estricto, sino que también comprende la sustitución por la expulsión de las penas de arresto de fin de semana y del arresto sustitutorio o la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Todas ellas, en virtud de lo que se establece en el artículo 35 del CP, son penas privativas de libertad y, como tales, en prin-

⁶⁷ Al respecto, en general, sobre las penas cortas privativas de libertad, vid. GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación de Penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, op. cit., p.42. Por su parte, entendiéndolo, a mi juicio de manera acertada, que la medida de expulsión sólo debería resultar operativa en el caso de las penas de prisión inferiores a 2 años, vid. ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», op. cit., p. 73.

⁶⁸ No obstante, entendiéndolo que las penas privativas de libertad de hasta 6 años pueden ser caracterizadas como penas cortas de prisión, vid. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en CONDE-PUMPIDO / CÓRDOBA / DE MATEO / SANZ: *Tratado práctico de los procesos de extranjería*, T. III, op. cit., p. 2466.

⁶⁹ En este mismo sentido, vid. ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», op. cit., pp. 73-74.

cipio, pueden —y tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, deben⁷⁰— ser sustituidas por la expulsión.

A esas penas privativas de libertad, y cuando entre en vigor la Ley Orgánica 15/2003, habrá que sumar la pena de localización permanente que, como es sabido, reemplaza a la pena de arresto de fin de semana y a la que, al igual que a esta última, el CP le atribuye la naturaleza de pena privativa de libertad⁷¹. De esta forma, podemos comprobar que la condena a una pena de un arresto de fin de semana o de 5 días de localización permanente —por ejemplo, por la comisión de una simple falta, que, además, no es necesario que sea dolosa, sino que puede ser imprudente—, en principio, debe sustituirse por la expulsión del territorio nacional; naturalmente, otra cosa es que esa sustitución suponga una grave desproporción entre la pena sustituida y la medida sustitutiva⁷² o que, como posteriormente se verá, **la misma no resulte totalmente acorde con las previsiones de la actual política de extranjería** convirtiéndose en este aspecto el CP en un instrumento normativo más severo que la propia LEX. No obstante, determinados autores excluyen la posibilidad de aplicar la expulsión en el supuesto de comisión de faltas penales, pero no basándose en la desproporción de la medida sustitutiva respecto de la pena impuesta o en la descoordinación respecto de lo establecido en la LEX, sino porque, por definición, a su juicio, las faltas sólo pueden comportar la aplicación de una pena leve⁷³. Sin embargo, a mi entender, y a pesar de lo loable que me parece el intento de excluir del artículo 89 CP las condenas por faltas, este sector doctrinal se olvida de que entre las penas leves también se contiene la pena de arresto de uno a seis fines de semana o la pena de arresto sustitutorio por impago de multa si la multa tenía el carácter de leve o, por último, cuando entre en vigor la Ley Orgánica 15/2003, la pena de localización permanente cualquiera que sea su duración⁷⁴. Todas ellas, en virtud de lo preceptuado en el artículo 35 CP, son penas privativas de libertad y, en consecuencia, no existe en el plano teórico-formal ningun-

⁷⁰ Ya que una de las peculiaridades de la reforma ha consistido en hacer prácticamente automática la sustitución de la pena por la expulsión. No obstante, cfr. infra.

⁷¹ Vid. artículo 35 CP tras su reforma por la Ley Orgánica 15/2003.

⁷² En este mismo sentido, vid. ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», op. cit., pp. 74-75; POZA CISNEROS, M.: «Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código Penal», op. cit., p. 338; RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal», op. cit., p. 61.

⁷³ Así, vid. CUGAT MAURI, M.: «La expulsión d extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho Penal», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 6, 2001, p. 36.

⁷⁴ Siempre inferior a 12 días como establece el artículo 37 CP tras su modificación por la Ley Orgánica 15/2003.

na traba que impida aplicar la expulsión a estos supuestos; sí existen trabas en un plano material, al que luego se aludirá, al poner en relación el artículo 89 CP con las previsiones contenidas en la LEX.

Puesto que el artículo 89 CP sólo se refiere a las penas privativas de libertad, no cabe la sustitución de cualquier otra pena que tenga distinta naturaleza como las penas privativas de derechos o la pena de multa —excepción hecha de la responsabilidad subsidiaria por impago de ésta—. En cuanto a la pena de multa, el mayor problema a este respecto es el de determinar qué ocurriría cuando, además de la pena privativa de libertad, se impusiese una pena de multa y la pena privativa de libertad se sustituyese por la expulsión ¿queda también sustituida la pena de multa? Naturalmente habría que contestar negativamente a esta cuestión⁷⁵ porque, como se ha señalado, sólo cabe la sustitución de las penas privativas de libertad y no las de multa. Ahora bien, en el hipotético caso de que el sujeto no satisficiera la pena de multa, ni voluntariamente ni en vía de apremio, entonces sí cabría su sustitución pero a través de la sustitución del arresto sustitutorio por impago de multa. Es decir, que lo que podría sustituirse sería aquel arresto sustitutorio, pero no directamente la multa. Sin embargo, no se me oculta cómo, en la práctica, la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión va a suponer también la sustitución automática de la pena de multa impuesta conjuntamente porque, al materializarse la expulsión, será prácticamente imposible proceder a la ejecución de la pena de multa.

En cuanto a la sustitución de las penas privativas de derechos, como ya se ha señalado, tampoco es posible su sustitución. Pero es posible plantear qué ocurriría en aquellos casos en que la pena privativa de derechos se impone conjuntamente con una pena privativa de libertad. En algunos casos esas penas privativas de derechos podrían ser perfectamente compatibles con la expulsión, por ejemplo, las inhabilitaciones, la privación del permiso de armas o la privación del permiso de conducción. Naturalmente, el problema en estos últimos casos es el de su supervisión⁷⁶. En efecto, ¿cómo se controla que un sujeto al que se le ha privado del permiso de conducción no conduzca en el país al que ha sido expulsado? Evidentemente, de ninguna forma. En cualquier caso, este hecho viene a corroborar una idea que planea sobre toda la regulación contenida en el CP: que a éste no le interesa si el sujeto delinque o no en

⁷⁵ En este mismo sentido, vid. ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», op. cit., p. 76.

⁷⁶ En este mismo sentido, ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», op. cit., p. 76.

el país de acogida; lo único que le interesa es que no vuelva a delinquir en el nuestro por un período mínimo de 10 años; naturalmente es que la medida de expulsión y prohibición de entrada consiga aquella finalidad.

El artículo 89 CP, al contrario de lo que ocurría con la regulación anterior contenida en la LEX de 1985, **se refiere a la pena concretamente impuesta, con independencia de cuál sea la pena con que esté conminado el delito en abstracto** y con independencia de la mayor o menor gravedad del mismo; esto es, con independencia de que el Código califique al delito como grave o menos grave. En consecuencia, puede que nos encontremos ante la condena por un delito que en abstracto tenga señalada una pena muy superior a seis años —esto es delito grave— y que, en virtud de las reglas de aplicación y determinación de las penas⁷⁷, la pena concretamente impuesta sea inferior a seis años, en cuyo caso —teóricamente— también habrá de decretarse la expulsión, aunque se trate, por ejemplo, de un delito de violación, de un homicidio o de un asesinato. Y digo teóricamente, porque, a este respecto, la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2001, de 22 de diciembre, instaba a los Fiscales a solicitar e informar favorablemente la sustitución de todas las condenas por delitos menos graves —que según el actual Código Penal son todos aquellos en los que se impone una pena privativa de libertad inferior a tres años⁷⁸— pero, en relación con la condena por delitos graves —esto es, los que se encuentre conminados con penas privativas de libertad superiores a tres años⁷⁹— la Fiscalía señalaba que el Ministerio Fiscal había de ponderar los casos «tomando en consideración especialmente la necesidad de afirmar el ordenamiento jurídico frente al infractor en aquellos casos en que el delito revista especial trascendencia», lo cual, en mi opinión, significa afirmar subrepticamente que la regla general en los casos de delitos graves —esto es, conminados con penas privativas de libertad superiores a 3 años— sea la de no solicitar ni informar favorablemente sobre la expulsión. Dado que con la Ley Orgánica 15/2003 los delitos graves han pasado a ser aquellos que se encuentren conminados con una pena privativa de libertad superior a 5 años, y los delitos menos graves aquellos que tienen una pena de hasta 5 años⁸⁰, no sabemos si tal criterio de la Fiscalía General —solicitar de manera general la expulsión para los delitos menos graves— se seguirá manteniendo dado que el cambio legislativo en cuanto a la calificación de los delitos menos graves ha sido sustancial.

⁷⁷ Grado de participación y ejecución del delito, concurrencia de eximentes incompletas o atenuantes muy cualificadas.

⁷⁸ Vid. artículos 13.2 y 33.3 CP antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003.

⁷⁹ Vid. artículos 13.1 y 33.2 CP antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003.

⁸⁰ Vid. la redacción del artículo 33 CP tras la reforma operada por la citada Ley.

Mayor problema plantean los supuestos en que el sujeto ha cometido varios delitos, y por aplicación de un concurso real, la pena finalmente impuesta sobrepasa el límite de los seis años a que se refiere el primer inciso del artículo 89.1. A este respecto, ciertos sectores doctrinales consideran que también en esos supuestos es posible aplicar la medida de la expulsión como sustitutiva de cada una de las penas privativas de libertad impuestas individualmente; y ello se sostiene con argumentos que, a mi juicio, no resultan de recibo. Así, en primer lugar, se argumenta desde el tenor literal del artículo 89 indicando que el precepto se refiere a las penas «impuestas» y ello ha de entenderse como penas impuestas por cada delito cometido —que siempre ha de ser inferior a seis años— «porque el concurso real no convierte las penas inferiores de seis años, aun cuando sean varias, en penas superiores a ese límite»⁸¹; en segundo lugar, se señala que incluirlas en el segundo supuesto de suspensión —penas superiores a 6 años— supondría una interpretación analógica contraria a reo dado que el supuesto previsto en el inciso segundo del artículo 89.1 es más perjudicial para el penado⁸². En otros términos, estos sectores doctrinales vienen a indicar que, aunque nos encontremos ante un concurso real, cada una de las penas impuestas debe individualizarse y, si son inferiores a 6 años, sustituir cada una de ellas por la expulsión por separado. Por mi parte, considero que se trata de interpretaciones sumamente forzadas porque el artículo 89.1, cuando se refiere a la expulsión, está pensando en la pena final y concretamente impuesta, con independencia de que la misma provenga de un único delito o de la suma de varios, esto es, de un concurso real; en otros términos, a diferencia de lo que ocurría en la LEX de 1985, al Código no parece importarle la mayor o menor gravedad del delito o delitos cometidos, sino la pena finalmente impuesta y que ha de cumplir el sujeto. Por otra parte, no resultaría comprensible que el caso de un sujeto que ha sido condenado a la pena de 15 años en concurso real por la comisión de tres delitos —castigados cada uno de ellos con la pena de cinco años— tuviese acogida dentro de las previsiones del primer inciso del artículo 89.1 y, en consecuencia, se pudiese sustituir esa pena por la expulsión y, sin embargo, el caso de otro sujeto condenado a una pena de seis años por la comisión de un único delito hubiese de inscribirse en el segundo inciso del artículo 89.1 y, por tanto, no se pudiera proceder a su expulsión hasta que no se cumpliesen las 3/4 partes de la pena o el sujeto accediese al tercer grado de tratamiento penitenciario. A mi juicio, valorativamente resulta mucho más grave el

⁸¹ RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal», op. cit., p. 61

⁸² DE LAMO RUBIO, J.: *El Código Penal de 1995 y su ejecución*, op. cit., p. 193; también, del mismo autor y en el mismo sentido, vid. DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 487-488.

primer supuesto y, sin embargo, de aceptarse las anteriores interpretaciones de ciertos sectores doctrinales, recibiría un tratamiento más benévolo que el segundo⁸³.

Con la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003 se elimina un requisito objetivo que originariamente existía en el precepto y que, en parte, podía dilatar, o incluso evitar, la medida de sustitución de la pena por la expulsión. Este requisito venía determinado por la exigencia de que el Juez o Tribunal, antes de tomar la decisión de sustituir la pena por la expulsión, oyese al reo. La preceptiva audiencia del reo antes de la toma de decisión no significaba —como ocurre en otros supuestos de sustitución— que el penado hubiese de mostrarse conforme con la medida de expulsión⁸⁴ pero sí que el penado pudiese exponer sus argumentos en contra de la sustitución. En este sentido, la autoridad judicial, al decidir la expulsión, ejercía una facultad totalmente discrecional⁸⁵, aunque, naturalmente este hecho no significaba que fuese arbitraria y no tuviese que motivar la decisión de expulsión, ni, por supuesto, que no tuviese que ponderar, como señalaba el Tribunal Constitucional, las circunstancias del caso como podían ser el arraigo del extranjero en España o la unificación familiar⁸⁶. No obstante, como se podrá comprender, la exigencia de la audiencia del reo previa a la toma de decisión dilataba la expulsión y, hasta incluso, podía evitarla si el juez o tribunal atendía a las alegaciones del extranjero que no quería ser expulsado; con la eliminación de la previa audiencia del reo, precisamente, se quería evitar este último hecho. Si bien el precepto originario no se refería al momento procesal en el que se tenía que llevar a cabo la audien-

⁸³ En parecidos términos, considerando incongruente aceptar la sustitución cuando la suma de la penas excede de 6 años, vid. ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», op. cit., pp. 76-77.

⁸⁴ Lo que, como señala POZA CISNEROS, resulta ciertamente paradójico porque, curiosamente, sí se exige esa conformidad para sustituir la pena de multa o de arresto de fin de semana por trabajos en beneficio de la comunidad que resulta ser una sustitución mucho menos gravosa para el penado que la expulsión. POZA CISNEROS, M.: «Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código Penal», op. cit., p. 338. No obstante, a este respecto resulta curiosa la exigencia realizada en la SAP de Guipúzcoa, Sección 1ª, de 16 de diciembre de 1996, en la que tras sustituir la pena por la expulsión señala cómo «en todo caso, dicha sustitución de la pena de privación de libertad por la expulsión del territorio nacional, **requerirá la previa conformidad con la penada**, una vez firme la sentencia» (la negrita es mía) sin ofrecer argumentos adicionales para fundamentar tal requerimiento de conformidad.

⁸⁵ Tanto es así, que el Tribunal Supremo consideraba —y considera— que no es revisable en casación. En este sentido vid. SSTS de 3 de marzo de 1998, 13 de junio de 1998, 2 de junio de 1999, 1144/2000, de 4 de septiembre, 17/2002, de 21 de enero y, la reciente 901/2004, de 8 de julio.

⁸⁶ Así, claramente, vid. STC 242/1994, de 20 de julio, fundamento jurídico 6º.

cia del penado, tenía que tratarse de **un trámite procesal específico** en el que el penado pudiera expresar claramente su conformidad o disconformidad con la medida y los argumentos que le asistían para ello; ese trámite se podía realizar, bien en la fase del juicio oral —cosa que normalmente no ocurría—, bien en una posterior a la condena que era lo más normal. Y realizo estas precisiones porque el Tribunal Constitucional ya había declarado expresamente que la audiencia debía concedérsele específicamente al extranjero para que expresase su conformidad o disconformidad con la expulsión y sus argumentos, sin que se pudiera considerar como audiencia en el sentido del artículo 89 del CP el uso de la última palabra que se concede en todo juicio oral al acusado en virtud de lo previsto en el artículo 739 de la LECrim. A este respecto, señalaba expresamente el Tribunal Constitucional que «se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita (exponer, discutir y analizar el conjunto de las circunstancias en que la expulsión ha de producirse)... La audiencia prevista en el art. 739 LECrim se circunscribe a posibilitar el ejercicio de la autodefensa frente al hecho punible imputado, mientras que la audiencia... pretende formular alegaciones sobre la posibilidad de sustituir el cumplimiento de la pena privativa de libertad prevista por la expulsión del territorio nacional, a efectos de que el órgano judicial pueda efectuar la ponderación de valores en juego que es también presupuesto mismo de la legitimidad de la expulsión... Unas garantías que... sólo se entenderán cubiertas en el marco de una consulta específica sobre las medidas de expulsión, y de las razones que el afectado pueda oponer a su puesta en práctica»⁸⁷. Dado que en la mayoría de los casos la audiencia del reo se realizaba una vez dictada la sentencia, ese requisito, como se ha señalado, conducía a dilatar el trámite de la expulsión e incluso a evitarlo si el juez o tribunal admitía las razones expresadas por el reo para que no se sustituyese la pena. A fin de evitar todos esos inconvenientes, la Ley Orgánica 11/2003 ha eliminado el requisito de la previa audiencia del reo. Pero es más, no sólo ha eliminado ese requisito sino que ha exigido expresamente que la sustitución se lleve a cabo en la propia sentencia y no en un trámite procesal posterior. No obstante, **la eliminación del requisito de la audiencia del reo antes de la sustitución no ha supuesto para la jurisprudencia cortapisa alguna para seguir exigiéndola so pena de que, de no procederse así, el precepto pueda devenir inconstitucional**. Así, la reciente STS 901/2004, de 8 de julio, ya en aplicación del artículo 89 tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003, señala de forma acertada que aunque el precepto no lo exija expresamente «resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado» y añade cómo «habrá de concluirse con la necesidad de injerta

⁸⁷ Así, expresamente, vid. STC 242/1994, de 20 de julio, fundamentos jurídicos 6º y 7º.

trámite... con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad»⁸⁸. Pero es más, establece que tal audiencia podrá llevarse a cabo en el plenario pero en un momento anterior al derecho a la última palabra; esto es, en un momento anterior a ese trámite procesal que permita al sujeto y a su defensa exponer las razones por las cuales se opone a la decisión de expulsión. Añadiendo que el momento procesal oportuno para realizar la petición de sustitución ha de ser el las conclusiones provisionales porque es el único momento procesal que permite conocer «ex ante y temporáneamente tal petición para efectuar las alegaciones y probanzas que se estimen pertinentes por la parte afectada». Nunca se puede solicitar tal medida en el trámite de conclusiones definitivas⁸⁹, esto es, cuando ya se hayan concluido los debates y sólo reste el derecho a la última palabra que, obviamente como ya dijese el Tribunal Constitucional en su sentencia 242/1994, no resulta satisfactorio. En consecuencia, y **aunque la nueva redacción del precepto haya eliminado la previa audiencia del penado, la jurisprudencia, con buen criterio sigue exigiéndola**. Habremos de esperar, no obstante, para ver si en posteriores resoluciones se siguen realizando estas mismas interpretaciones y, por tanto, se afianzan.

En cuanto a la audiencia del Ministerio Fiscal en el supuesto de sustitución de penas inferiores a seis años, el artículo 89.1 primer párrafo, tras la reforma operada por la Ley orgánica 11/2003, si bien no exige la previa audiencia del reo, sí exige la previa audiencia del Ministerio Fiscal. Y, sin duda alguna, esto resulta ciertamente llamativo porque antes el precepto nada decía de modo expreso sobre la necesidad de audiencia del Ministerio Fiscal; si bien, se interpretaba que debía dársele audiencia. Así, en primer lugar, porque en el supuesto genérico de sustitución —artículo 88 CP— se exigía —y se exige— expresamente que la sustitución se llevase a cabo previa audiencia de las partes, esto es, no sólo del acusado; y, en segundo lugar, porque no tenía —y no tiene— sentido que en los supuestos del artículo 57.7 de la LEX —expulsión gubernativa del extranjero procesado, y todavía no condenado, autorizada por el Juez de Instrucción— fuese preceptiva la previa audiencia del Ministerio Fiscal y, por el contrario, en los supuestos de expulsión judicial —esto es, tras la existencia de condena— no fuese necesaria la intervención del Ministerio Fiscal para exponer sus razones a favor o en contra de la sustitución. Es más, me atrevería a decir que, como desde la Fiscalía General del Estado —y a través de la Circular 3/2001, de 22 de diciembre—, se instaba a los Fiscales a solicitar **siempre** la sustitución

⁸⁸ El subrayado aparece recogido en el original.

⁸⁹ So pena, como sigue señalando el Tribunal Supremo de producir «una indefensión con trascendencia en la quiebra de la protección de derechos fundamentales como el de defensa». Vid. STS 901/2004, de 8 de julio.

de la pena privativa de libertad por la expulsión, el legislador intuyó que dar audiencia al Ministerio Fiscal no podía constituir ningún problema a la hora de lograr los fines perseguidos con la reforma —expulsar al extranjero— sino todo lo contrario: facilitarlos aún más ofreciendo argumentos al Juez o Tribunal para que no optase por denegar la expulsión.

En cuanto al **órgano encargado de tomar la decisión**, el artículo 89.1 primer párrafo establece que ha de ser el propio juez o tribunal que dicta la sentencia y, además, exige que, automáticamente, esa sustitución se realice en la propia sentencia y no en un trámite posterior. Si la sustitución no se lleva a cabo en la sentencia, parece que, con posterioridad, no se podrá proceder a sustituir la pena por la expulsión del territorio nacional. Además, no tendría sentido sustituir la pena con posterioridad a la sentencia condenatoria en la que no se decreta la expulsión porque el artículo 89.1 primer párrafo no sólo exige expresamente que esa sustitución se lleve a cabo en la propia sentencia condenatoria, sino que, si en ésta no se procede a tal sustitución, entonces, se han de motivar y exponer las razones por las cuales no se procede a la sustitución. Realizar esa sustitución en un momento procesal posterior equivaldría, por parte del propio Juez o Tribunal, a negar las razones o motivos que le impulsaron a denegarla en el momento de dictar sentencia. No obstante, me ocuparé en mayor extensión de esta cuestión al analizar la automaticidad de la medida que se ha pretendido introducir con la reforma⁹⁰.

En relación con la cuestión de **quién puede solicitar la sustitución de la pena** privativa de libertad por la expulsión, el artículo 89.1 primer párrafo, nada dice al respecto, al contrario de lo que ocurre en el segundo párrafo que atribuye al Ministerio Fiscal la facultad de instar la sustitución. Dada la redacción del primer párrafo, parece que no es necesario que la sustitución se inste por alguna de las partes en el procedimiento, sino que del tenor literal se desprende que debe ser el juez o tribunal el que, obligatoriamente y de oficio, proceda a la sustitución de la pena sin necesidad, reitero, de que sea instada por nadie, salvo que considere que existen motivos para no proceder a la sustitución. En este sentido, no existe ningún problema en que la pueda solicitar el Ministerio Fiscal o las acusaciones particulares o, hasta incluso, el propio acusado que puede preferir ser expulsado a cumplir la pena privativa de libertad⁹¹. En cualquier caso, se inste o no, por alguna de las partes en

⁹⁰ Cfr. *infra*, epígrafe III.3.B.

⁹¹ Y, de hecho, suele ser una práctica muy común que los propios condenados soliciten la sustitución de la pena por la expulsión en supuestos en los que, paradójica y sistemáticamente, los Tribunales no suelen concederla; así, fundamentalmente, en supuestos de tráfico de drogas. Entre otros, vid. ATC 33/1997, de 10 de febrero; ATC 106/1997, de 17 de abril; STS 919/1999, de 2 de junio; STS 1144/2000, de 4 de septiembre; STS 1381/2000, de 11 de septiembre.

el procedimiento, como he señalado, el tenor literal del precepto obliga al juez a sustituir automáticamente la pena privativa por la expulsión, salvo que existan circunstancias que, a su juicio, aconsejen el cumplimiento de la misma; cuestión esta que se examinará, con posterioridad, en mayor extensión por resultar común a los dos supuestos de expulsión contenidos en el artículo 89.1 CP.

b) Requisitos subjetivos.

El único requisito subjetivo para poder sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión es que el penado sea un extranjero no residente legalmente en España. A este respecto, y a diferencia de otros supuestos de sustitución en sentido estricto —artículo 88 del CP— no se exige ningún otro requisito. En otros términos, para proceder a la sustitución basta con que el sujeto sea residente ilegal y haya sido condenado; poco importa si es la primera vez que delinque, si es un reo habitual o no, si está enfermo, si es un toxicómano o cuáles son sus circunstancias personales y familiares o, finalmente, cuál es el pronóstico de reinserción social que se deriva de su persona.

Nótese que la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión no es posible llevarla a cabo en el caso de cualquier extranjero, sino única y exclusivamente respecto de los extranjeros sin residencia legal, concepto éste sobre el que se volverá con posterioridad dado que es común a los supuestos de expulsión contenidos en el artículo 89.1 CP y que, al contrario de lo que pudiera parecer, no resulta fácil de concretar y para ello es necesario recurrir a las previsiones establecidas en la LEX.

B. Sustitución por expulsión en el caso de penas privativas de libertad superiores a 6 años.

Esta clase de sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión se encuentra recogida en el artículo 89.1 segundo párrafo y, a diferencia del caso anterior, la expulsión supone una sustitución parcial de la pena impuesta o, si se quiere, sólo una renuncia parcial a la pena dado que lo sustituido es únicamente un tramo de la misma: una 1/4 parte de la misma o lo que reste por cumplir si antes de ejecutarse las 3/4 partes de la pena el sujeto accede al tercer grado de clasificación penitenciaria. Se encuentra prevista para supuestos de condenas a penas privativas de libertad superiores a los 6 años y su finalidad primordial es la de evitar que el sujeto extranjero disfrute en nuestro país de los beneficios de la libertad condicional o de los beneficios propios del acceso al tercer grado de tratamiento penitenciario. Los requisitos objetivos para proceder a la expulsión en este caso son los siguientes.

a) Requisitos objetivos

En primer lugar, como se podrá comprender, el requisito esencial para proceder a esta clase de expulsión es que la pena concretamente impuesta a un sujeto extranjero haya sido igual o superior a seis años. No cabe aplicar este tipo de expulsión a extranjeros condenados a penas inferiores a 6 años que se encuentren cumpliendo condena —porque no hayan sido expulsados conforme al artículo 89.1 primer párrafo— aunque cumplan los requisitos de haberse ejecutado las 3/4 partes de la pena o hayan accedido al tercer grado penitenciario. En consecuencia, en estos últimos casos —ejecución de penas inferiores a 6 años— no existe ningún obstáculo para que, cuando el extranjero cumpla los requisitos para la concesión de la libertad condicional, pueda acceder a ella y disfrutarla en nuestro país o que pueda disfrutar de los beneficios penitenciarios que le concede su clasificación en el tercer grado. Este hecho respecto a las penas privativas de libertad inferiores a 6 años, sin duda alguna, resulta poco comprensible⁹² o, al menos, parece revelarse como totalmente contrario a la filosofía que guía al artículo 89 CP antes y después de su reforma por la Ley Orgánica 11/2003. Si la filosofía del precepto —y de toda la legislación de extranjería en su conjunto, a la que, como se ha señalado, pertenece el artículo 89 CP— es propugnar y hacer lo más efectiva y expeditiva posible la expulsión del delincuente extranjero, no se entiende muy bien cómo no se ha previsto dicha expulsión para el caso en el que el sujeto acceda a la libertad condicional o al tercer grado en las penas privativas de libertad inferiores a 6 años⁹³. Sin duda alguna, ello podría deberse a un claro olvido de nuestros legisladores, especialmente del legislador de 2003. No obstante, a mi juicio, la respuesta a aquella cuestión puede pasar por entender que el legislador consideró que muy pocos, por no decir ninguno, de los extranjeros delincuentes y residentes ilegales podrían acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario

⁹² Como también resulta poco comprensible la previsión que se realiza en el artículo 27 del Reglamento Penitenciario respecto de la comunicación por parte del Director del centro penitenciario al Ministerio Fiscal «la fecha previsible de extinción de la condena en los supuestos legales de sustitución de la pena por medida de expulsión del territorio nacional y, en todo caso, cuando se trate de penados extranjeros que extingan condenas inferiores a seis años de privación de libertad». Esta obligación de comunicación, en mi opinión, carece de cualquier sentido dado que, en esas circunstancias, el Ministerio Fiscal no puede instar, no sólo ningún procedimiento judicial de expulsión, sino tampoco un procedimiento administrativo vía artículo 57.2 LEX o 57.8, ni está obligado a comunicar tales hechos —la posible excarcelación— a la autoridad gubernativa a fin de que ésta incoe el correspondiente procedimiento, entre otras circunstancias, porque, como se verá, es el Director del centro penitenciario el que está obligado a comunicarlo a la autoridad gubernativa en virtud de lo establecido en el artículo 26 del Reglamento Penitenciario.

⁹³ En el mismo sentido, vid. ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», op. cit., pp. 90-91.

o a la libertad condicional; en primer lugar, porque muy pocos cumplirían la pena en nuestro país al haberles sido sustituida automáticamente por la expulsión; y en segundo lugar, porque es muy difícil que un extranjero en esas condiciones —situación de residencia ilegal— cumpla con los requisitos exigidos para la concesión, bien de la libertad condicional, bien del tercer grado de tratamiento; y, en cualquier caso, si lo consiguiera, la espada de Damocles pendería sobre él⁹⁴.

El segundo de los requisitos objetivos viene determinado por el hecho de que el penado haya cumplido **las 3/4 partes de la condena o que haya accedido al tercer grado de tratamiento penitenciario**. Nótese que en estos casos, a diferencia de lo que ocurre con las penas privativas de libertad inferiores a seis años, el artículo 89.1 segundo párrafo **sólo permite la sustitución de una porción de la condena**: bien una cuarta parte de la misma, bien una porción mayor si el extranjero accede al tercer grado penitenciario antes de cumplir las 3/4 partes de la pena.

La referencia a la posibilidad de expulsión cuando el sujeto acceda al tercer grado de tratamiento penitenciario no se encontraba contenida en la originaria redacción del artículo 89 CP, sino que ha sido introducida con la reforma operada a través de la Ley Orgánica 11/2003.

En efecto, originariamente, sólo se podía proceder a la expulsión del extranjero condenado a penas privativas de libertad superiores a 6 años cuando se hubiesen cumplido las 3/4 partes de la pena. Sin duda alguna, este hecho era una forma de evitar que el extranjero pudiese disfrutar de los beneficios de la libertad condicional en nuestro país. No obstante, si el extranjero accedía al tercer grado de tratamiento penitenciario, antes del cumplimiento de las 3/4 partes de la pena, no había ningún obstáculo para que pudiera disfrutar de los beneficios que aquél otorga a quienes obtienen ese grado de clasificación penitenciaria. Ahora, y con

⁹⁴ En efecto, para cerrar el círculo en torno al extranjero y conseguir la finalidad perseguida —expulsarle, fundamentalmente, a través de la vía del artículo 57.2 LEX o del 57.8— el artículo 26 del Reglamento Penitenciario establece que «En el caso de que el penado fuese un extranjero sujeto a medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena, conforme a lo dispuesto en la legislación de extranjería, el Director notificará, con una antelación de tres meses o en el momento de formular la propuesta de libertad definitiva a que se refiere el artículo 24.2, la fecha previsible de extinción de la condena a la autoridad competente, para que provea lo necesario con arreglo a lo dispuesto en la legislación vigente». Ya vimos los problemas que aquellos dos preceptos de la LEX planteaban en relación con la vulneración del principio *non bis in idem* pero, en cualquier caso, y de ser el extranjero residente ilegal también se puede optar por la vía del artículo 57.1, esto es, proceder a su expulsión con base en dicha situación de residencia ilegal.

la filosofía de la reforma —esto es, facilitar al máximo, y cuanto antes mejor, la expulsión del extranjero delincuente y evitar que disfrute en nuestro país de algún beneficio penitenciario— se ha añadido la posibilidad de expulsión si accede al tercer grado penitenciario antes de cumplirse esas 3/4 partes de la pena⁹⁵. Evidentemente, como se sabe, el acceso al tercer grado penitenciario determina la aplicación del régimen abierto, la posibilidad de llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad⁹⁶ y, en definitiva, supone para el penado una serie de derechos —como por ejemplo, permisos de salida para realizar actividades laborales, formativas o familiares que faciliten su integración social, permisos de fin de semana, etc... —⁹⁷; derechos que, tras la reforma, claramente se pretenden conculcar con su expulsión si accede a ese tercer grado. En definitiva, la inocuización, y no otra, es la finalidad perseguida con la reforma. Naturalmente, si el penado no quiere ser expulsado del país hará todo lo posible para evitar que se le clasifique en ese tercer grado penitenciario antes de cumplir las 3/4 partes de la pena.

El tercer requisito objetivo exigido en el artículo 89.1 segundo párrafo viene determinado por el hecho de que **la expulsión no se puede llevar a cabo de oficio por el Juez o Tribunal**, sino que ha de ser el Ministerio Fiscal quien la solicite. A este respecto, resulta dudoso que las acusaciones particulares puedan solicitar la sustitución o que ésta pueda ser solicitada por el propio extranjero. No obstante, en este último caso, considero que sí es posible que sea el propio condenado quien solicite la sustitución del último cuarto de la pena⁹⁸, o cuando acceda al tercer grado penitenciario, porque, en otro caso, no tendría sentido la previsión que se realiza en el artículo 52.2 del Reglamento Penitenciario en relación con la obligación de información a los internos extranjeros de las posibilidades de sustitución de la pena de prisión por la expulsión⁹⁹. Expulsión que a solicitud del extranjero podrá ser concedida, siempre

⁹⁵ Por su parte, y con esa perfecta coordinación que muestra en este punto la normativa, el artículo 107 del Reglamento Penitenciario establece la notificación al Ministerio Fiscal de las resoluciones de clasificación o progresión al tercer grado, fundamentalmente en este caso, a los efectos de que el Ministerio Fiscal pueda solicitar o instar la sustitución de la pena por la expulsión.

⁹⁶ Vid. artículos 101.2 y 104.4 del Reglamento Penitenciario de 1996.

⁹⁷ Vid. artículos 80 y ss. del Reglamento Penitenciario de 1996.

⁹⁸ En este mismo sentido se pronuncia la Circular 3/2001, de 22 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado.

⁹⁹ El citado precepto establece expresamente que «A los internos extranjeros se les informará, además, de la posibilidad de solicitar la aplicación de tratados o convenios internacionales suscritos por España para el traslado a otros países de personas condenadas, así como de la sustitución de las penas impuestas o a imponer por la medida de expulsión del territorio nacional, en los casos y con las condiciones previstas por las leyes».

y cuando, a ello no se oponga el Ministerio Fiscal dado que éste es el único que tiene atribuida legalmente la iniciativa en esta modalidad de suspensión y dado, también, que ninguna suspensión de condena puede ser acordada sin su previo dictamen¹⁰⁰.

El momento de la solicitud por parte del Ministerio Fiscal, se presenta, sin duda alguna, como un asunto problemático y confuso tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003. En principio, lo más lógico es pensar que el momento de la solicitud por parte del Ministerio Fiscal debería ser el momento en que el sujeto acceda —o vaya a acceder— al tercer grado de tratamiento penitenciario o el momento en que cumpla —o esté a punto de cumplir— las 3/4 partes de la pena; es decir, cuando se cumple el primero de los requisitos objetivos en cualquiera de sus modalidades. Precisamente, y a estos efectos, nuestro Ordenamiento jurídico prevé expresamente que los órganos penitenciarios comuniquen estos extremos al Ministerio Fiscal a fin de proceder a instar la expulsión. Así, concretamente, el artículo 197.2 del Reglamento Penitenciario de 1996 —respecto del cumplimiento de los 3/4 de la pena¹⁰¹— o el artículo 107 del mismo Reglamento —respecto del acceso al tercer grado—.

El originario artículo 89 CP nada indicaba respecto al momento en que el Ministerio Fiscal debía instar la solicitud de sustitución de la pena por la expulsión y, de manera totalmente lógica, se entendía que tal solicitud debería llevarse a cabo cuando se hubiesen cumplido las 3/4 partes de la pena o en momentos inmediatamente anteriores a su cumplimiento y de ahí las previsiones contenidas en el artículo 197.2 del Reglamento Penitenciario. Sin embargo, con la reforma operada en el precepto por la Ley Orgánica 11/2003 esto parece haber cambiado sustancialmente.

En efecto, el tenor literal del precepto no es nada claro a este respecto pero, en principio, ***parece exigir que, tanto la solicitud de la sustitución por parte del Ministerio Fiscal, como su concesión por parte del Juez o Tribunal, se lleven a cabo en un momento muy anterior en el tiempo: en el juicio oral y en el momento de la condena, es decir, que***

¹⁰⁰ En este mismo sentido, vid. Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado.

¹⁰¹ No se refiere el precepto exactamente a las 3/4 partes de la pena, sino a las propuestas de libertad condicional de los extranjeros porque, como se sabe, aunque el régimen general de libertad condicional está establecido en el cumplimiento de las 3/4 partes de la pena —artículo 90 CP—, existen otros regímenes especiales mediante los cuales se puede conceder esa libertad condicional cuando se hayan cumplido los 2/3 o, cuando entre en vigor la Ley Orgánica 15/2003, cuando se haya cumplido la mitad de la pena si concurren otra serie de requisitos adicionales.

la solicitud por parte del Ministerio Fiscal se realice en el juicio oral y que la orden de expulsión se decrete en la propia sentencia condenatoria para que, en el momento en que el sujeto acceda al tercer grado o haya cumplido las 3/4 partes de la pena, la expulsión se ejecute automáticamente. Si bien, es preciso indicar que la redacción literal del precepto, tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003, permite albergar ciertas dudas sobre este extremo. En efecto, en el primer párrafo del artículo 89.1 —penas inferiores a 6 años— se establece expresamente que la sustitución se debe llevar a cabo «en la sentencia» —lo que no plantea ninguna duda¹⁰²—, mientras que el segundo párrafo, que es el que ahora nos ocupa —esto es, penas superiores a 6 años— se señala que la expulsión se acordará «en sentencia» —no «en la sentencia»— lo que podría significar que no se refiere a la sentencia condenatoria de instancia, sino a que la forma que debe adoptar la resolución judicial de sustitución del último cuarto de la pena, o lo que reste por cumplir cuando acceda al tercer grado, ha de ser la de una sentencia y no la de un auto o cualquier otra forma de resolución judicial. En mi opinión, tomando como base el tenor literal del precepto caben las dos interpretaciones que, por otra parte, no resultan de recibo ninguna de ellas. Así, en primer lugar, porque realizar la sustitución, por supuesto a instancias del Ministerio Fiscal, en el momento de la condena, esto es en la sentencia condenatoria, para que la expulsión se lleve a cabo automáticamente cuando se cumplan los requisitos temporales o de grado de tratamiento penitenciario, significa no tener en cuenta circunstancias que pueden aparecer con posterioridad y que hagan aconsejable no proceder a la sustitución automática de la pena por la expulsión cuando se cumplan las 3/4 partes de la pena o se acceda al tercer grado penitenciario. En otros términos, se le está pidiendo tanto al Ministerio Fiscal como al Juez o Tribunal que tomen una decisión *pro futuro* desconociendo si en el momento en que haya de ejecutarse es aconsejable tal ejecución de la medida¹⁰³. Este hecho, como se podrá comprender carece de sentido.

Y, en segundo lugar, tomar la decisión de sustituir la pena en un momento posterior a la condena a través de una resolución judicial con

¹⁰² Antes de la reforma, como hemos visto, se realizaba en un momento posterior a través de auto motivado.

¹⁰³ Naturalmente, esto será así dependiendo de cómo se interprete la referencia a «la naturaleza del delito» que es lo que justificaría el cumplimiento de la condena y negaría la expulsión. Si esa referencia se interpreta en un sentido estricto, la concurrencia de esas circunstancias posteriores, en modo alguno harían que se variase la decisión de expulsión tomada en un momento anterior. Sin embargo, si esa referencia se interpreta de un modo más amplio, la concurrencia de circunstancias posteriores sí podrían hacer que la decisión variase notablemente. Al respecto, cfr. *infra* en mayor extensión.

rango de sentencia —recordemos que el precepto alude literalmente a que ha de hacerse «en sentencia»—, esto es, a través de una nueva sentencia tras la solicitud por parte del Ministerio Fiscal, me parece una interpretación excesiva cuando para el resto de las formas sustitutivas de la pena privativa de libertad —suspensión condicional y sustitución del artículo 88 CP— no se exige que la sustitución se lleve a cabo a través de una resolución judicial con la forma de sentencia; es más, expresamente respecto a estas últimas formas de sustitución se señala que deberán llevarse a cabo «mediante resolución motivada»¹⁰⁴ o «auto motivado»¹⁰⁵. Por otro lado, si la decisión de suspensión se tomase mediante sentencia, o «en sentencia», en un momento posterior a la propia sentencia de condena, como se podrá comprender, esta forma de resolución judicial requiere un previo procedimiento contradictorio en el que, por supuesto, tendría que intervenir el extranjero y, recordemos, que la exigencia de oír al reo antes de proceder a la expulsión —tanto en el caso de penas inferiores a 6 años como de penas superiores— se ha eliminado del artículo 89 CP por la Ley Orgánica 11/2003 para facilitar aún más las expulsiones. En consecuencia, como se ha señalado, ninguna de esas dos interpretaciones —en relación con la forma de la resolución y el momento procesal en el que debe adoptarse— parecen acertadas. En mi opinión, lo más acertado es decretar la expulsión mediante auto motivado una vez que se den los requisitos de cumplimiento de las 3/4 partes de la pena o el del acceso al tercer grado penitenciario dado que, en ese momento es cuando el Juez o Tribunal tiene más criterios para ponderar y aquilatar la procedencia de la medida. Naturalmente, soy consciente de que la filosofía de la reforma abona la tesis de la primera de las interpretaciones dado que facilita en gran medida la sustitución de la pena por la expulsión.

En cualquier caso, y si se opta por la primera solución —sustituir la pena por la expulsión en el momento de dictarse sentencia condenatoria y esperar para su ejecución automática a que se den los elementos objetivos temporales que la motivan—, hay que hacer notar cómo introduce una brecha en el sistema cerrado que ha pretendido instaurar el legislador. En efecto, pensemos en el supuesto en que el Juez o Tribunal en la sentencia condenatoria no considera oportuno decretar su sustitución para el caso en que se cumplan las 3/4 partes de la pena o se acceda al tercer grado. En este supuesto, y si no se acepta que la expulsión se lleve a cabo en un momento posterior, no habría ningún problema para que el extranjero condenado accediese de forma general al tercer grado o a la libertad condicional si se cumplen los requisitos para

¹⁰⁴ Así, vid. artículo 80 CP.

¹⁰⁵ Así, vid. artículo 88 CP.

su concesión. Es decir, si se observa, el sistema que paradójicamente el legislador pretendía cerrar se vuelve en contra de sus pretensiones: que el extranjero no disfrute ni del tercer grado ni de la libertad condicional en nuestro país. Si la decisión se tomase en el momento en que concurra el tercer grado o las 3/4 partes de la pena no se produciría ese problema que socava las pretensiones de la reforma.

El órgano judicial encargado de tomar la decisión de expulsión será el órgano sentenciador, esto es, el Juez o Tribunal que dictó la sentencia, y no el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Y señalo este extremo porque, nótese que, en lo esencial, este supuesto de sustitución tiene ciertas coincidencias con la libertad condicional. En efecto, al igual que la libertad condicional, la expulsión en este caso se aplica cuando se ha cumplido la misma proporción de la condena —las 3/4 partes—¹⁰⁶ o cuando se ha accedido al tercer grado penitenciario que es otro de los requisitos exigidos para el supuesto general de libertad condicional. Sin embargo, ello no significa que nos encontremos ante un supuesto de libertad condicional en sentido estricto, ni siquiera ante una figura análoga por varias razones. La primera, porque mientras que la libertad condicional exige que el cumplimiento de las 3/4 partes de la pena aparezca unido a la clasificación dentro del tercer grado penitenciario, el supuesto de sustitución que ahora analizamos se conforma con la concurrencia de cualquiera de esos dos requisitos sin necesidad de que concurren conjuntamente. La segunda, porque en este caso la concede el Juez o Tribunal sentenciador y no el Juez de vigilancia penitenciaria como ocurre con la libertad condicional. La tercera porque no requiere que vaya precedida de propuesta de la Junta de Tratamiento del Centro. Y, por último porque **la finalidad de esta clase de sustitución es, precisamente, la de evitar que el extranjero disfrute del beneficio penitenciario de la libertad condicional, ya sea en nuestro país, ya en su país de origen**. Estas dos figuras —libertad condicional en nuestro país o en su país de origen¹⁰⁷— resultan ser mucho más ventajosas para el extranjero que la expulsión vía artículo 89.1 párrafo segundo del CP porque, mientras que en aquellos dos casos la libertad condicional no conlleva prohibición de regreso a nuestro país, la expulsión sí la conlleva y, además, como se verá, por un período mínimo de 10 años.

Precisamente, la coincidencia en la exigencia del cumplimiento de las 3/4 partes de la pena o del acceso al tercer grado es la que ha propiciado que se confundan ambas figuras —la libertad condicional en sen-

¹⁰⁶ Así, concretamente, en el supuesto general de libertad condicional contenido en el artículo 90 del CP.

¹⁰⁷ Vid. artículo 197.1 del Reglamento Penitenciario de 1996.

tido estricto y la expulsión vía artículo 89.1 segundo párrafo—; confusión que, incluso, ha sido recogida en algunos textos normativos como el artículo 197 del Reglamento Penitenciario¹⁰⁸. Este precepto, junto a la regulación de la libertad condicional en sentido estricto de los extranjeros, recoge la expulsión de los mismos, vía artículo 89.1 segundo párrafo, cuando, como ya se ha señalado, se trata de dos figuras totalmente distintas —e, incluso, incompatibles— que sólo coinciden en la parte proporcional de pena que es necesario extinguir para su aplicación y/o en el acceso al tercer grado penitenciario pero, al contrario que en el caso de la libertad condicional, no se exige ningún pronóstico individualizado de reinserción social; quizás, o mejor dicho, claramente porque lo que se persigue con la medida de expulsión no es la reinserción social del delincuente, sino la inocuización del mismo expulsándole del país y prohibiéndole la entrada durante un determinado período de tiempo nunca inferior a 10 años.

b) Requisitos subjetivos

Al igual que en el caso del primer párrafo del artículo 89.1, en el supuesto de condena a penas privativas de libertad superiores a 6 años, el único requisito subjetivo para la sustitución de parte de esa pena es que el extranjero no sea residente legal en nuestro país. A este respecto, y a diferencia de los supuestos generales de libertad condicional, que formalmente serían lo más parecido a este tipo de sustitución, no se exige ningún otro requisito adicional como la buena conducta del sujeto, un pronóstico individualizado de reinserción social, ni la satisfacción de la responsabilidad civil¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Que bajo el título genérico en el artículo de «**libertad condicional de extranjeros**» recoge dos supuestos: la libertad condicional en sentido estricto —a disfrutar en nuestro país o en el país de origen del extranjero— y la expulsión vía artículo 89.1 segundo párrafo. El tenor literal del artículo 197 del Reglamento Penitenciario es el siguiente: «Libertad condicional de extranjeros. 1.- En el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa 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, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, 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”.

¹⁰⁹ Exigencia esta última introducida en el CP por la Ley Orgánica 7/2003.

Nótese que la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión no es posible llevarla a cabo en el caso de cualquier extranjero, sino única y exclusivamente respecto de los extranjeros sin residencia legal, concepto este sobre el que se volverá con posterioridad dado que es común a los dos supuestos de expulsión contenidos en el artículo 89.1 CP. No obstante, sí me gustaría indicar que, a este respecto, la Ley Orgánica 11/2003 ha operado una notable y sustancial modificación en este caso. Para el supuesto de penas privativas de libertad superiores a 6 años, el originario artículo 89 CP no discriminaba entre residentes legales o ilegales. De esta forma, en principio, este supuesto de sustitución también se podía llevar a cabo en el caso de extranjeros residentes legales¹¹⁰, y así lo interpretaba un amplio sector doctrinal¹¹¹, aunque otras interpretaciones minoritarias aconsejaban reducir el ámbito subjetivo única y exclusivamente a los residentes ilegales¹¹² dado que el resto de los preceptos que se ocupaban de la expulsión —originario artículo 89.1 primer inciso, originario artículo 96.3.5ª y originario artículo 108— se referían única y exclusivamente a estos y, por tanto, parecía que la originaria idea del legislador era aplicar la medida sólo a los residentes ilegales. Naturalmente, pudo ser otra la idea del legislador pero, lo cierto es que también pudo tratarse de un *lapsus* a la hora de redactar el precepto originario; *lapsus* que, en cualquier caso, ha quedado corregido con la reforma operada en el precepto por la Ley Orgánica 11/2003 y, en consecuencia, ahora ya no existen dudas de que la medida se aplica sólo a los extranjeros sin residencia legal en nuestro país.

¹¹⁰ Es más, el artículo 197 del Reglamento Penitenciario, mientras que en su apartado primero —cumplimiento de la libertad condicional *stricto sensu* en su país de origen— aludía —y alude— a los extranjeros no residentes legalmente en España, el apartado 2 del mismo artículo —en el que se regulan los supuestos de expulsión para penas superiores a 6 años— se refiere únicamente a «extranjeros», sin distinguir entre aquellos que tengan o no residencia legal.

¹¹¹ ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», op. cit., p. 87; DE LAMO RUBIO, J.: *El Código Penal de 1995 y su ejecución*, Barcelona, 1997, p. 198; DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, op. cit., p. 493; LLORCA ORTEGA, J.: *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, 4ª ed., Valencia, 1996, p. 254; MAPELLI CAFFARENA / TERRADILLOS BASOCO: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Valencia, 1996, p. 110; POZA CISNEROS, M.: «Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código Penal», op.cit., p. 339; RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal», op. cit., p. 64.

¹¹² Así, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. en CONDE-PUMPIDO / CÓRDOBA / DE MATEO / SANZ: *Tratado práctico de los procesos de extranjería*, T. III, op. cit., pp. 2480-2481; CUGAT MAURI, M.: «La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho Penal», op. cit., p. 33.

3. *Cuestiones generales en relación con los dos supuestos de sustitución recogidos en el artículo 89 CP.*

A. **Concepto de extranjero no residente legal.**

La medida de sustitución de la pena privativa de libertad, tanto inferior como superior a 6 años, sólo se puede llevar a efecto en el caso de extranjeros que no residan legalmente en España porque así lo prevé expresamente el artículo 89 CP. De esta forma, a aquellos extranjeros que residan legalmente en nuestro país, y que hayan cometido algún delito, no se les podrá aplicar la medida de sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional, sino que, por el contrario, deberán cumplir la pena en nuestro país; naturalmente, esto último, con independencia de que, tras el cumplimiento efectivo de la pena, puedan ser expulsados administrativamente¹¹³.

El concepto de «extranjero no residente legal» es un concepto normativo que presenta varias dificultades en cuanto a su interpretación para lo cual resulta totalmente necesario remitirnos a las previsiones que en este sentido realiza la LEX. El artículo 89 CP no es otra cosa que una ley penal en blanco que se ve precisada de una integración a través de la normativa administrativa.

Para desentrañar la cuestión, parece conveniente examinar, en primer lugar, desde la perspectiva de la LEX, quiénes son los extranjeros con residencia legal y, en consecuencia, los que no pueden ser expulsados judicialmente por la comisión de un delito —sí administrativamente¹¹⁴— para, posteriormente, y por deducción, concretar quienes se encuentran dentro del concepto de «extranjero no residente legalmente en España». En este sentido, el artículo 30 bis 1 de la LEX¹¹⁵ señala, de forma tautológica, que «**son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir**»; autorización para residir que puede ser

¹¹³ Vía artículo 57.2 LEX.

¹¹⁴ Vía artículo 57.7 y/o 57.2 LEX con los problemas en relación con la vulneración del principio de presunción de inocencia y el principio *non bis in idem* que, como vimos, dichos preceptos planteaban respectivamente.

¹¹⁵ Tal y como ha quedado añadido y redactado por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

temporal o permanente¹¹⁶. En consecuencia, por exclusión, **todos aquellos extranjeros que no disfruten de un permiso de residencia temporal o permanente serán susceptibles de expulsión conforme al artículo 89 CP si han cometido algún delito conminado con pena privativa de libertad**. A la situación de residente legal se asimila las de los apátridas, los asilados y los menores indocumentados que tendrán derecho a residir en España si están tutelados por alguna Administración pública, esto es, todos ellos serán residentes en el sentido técnico-jurídico de la LEX¹¹⁷ y, en consecuencia, no podrán ser expulsados. En cuanto a los ciudadanos de la Unión Europea que no gocen de residencia legal en nuestro país, en principio, habría que decir que pueden ser expulsados; sin embargo, razones de índole jurídica, y sobre todo fundamentalmente práctica, aconsejan que no se proceda a su expulsión aunque no se trate de residentes legales en sentido estricto¹¹⁸.

No obstante, a los efectos de la eventual expulsión penal, existen problemas a la hora de determinar si en el concepto de extranjero no residente legal se incluye también a otras personas **que no se encuentran en nuestro país en una situación de ilegalidad administrativa** pero que, sin embargo, formalmente, no pueden ser considerados como residentes legales en el sentido técnico-jurídico de la LEX. Así, concretamente, me refiero, no sólo a quienes estén en lo que se denomina como «situación de estancia» legal —entre los que se incluirían los estudiantes extranjeros¹¹⁹—, sino, también, a los ciudadanos de un país miembro de la Unión Europea que no tengan residencia legal.

La situación de estancia legal se regula en los artículos 29.1 y 30 de la LEX. El artículo 29.1 distingue claramente los dos supuestos en que se puede encontrar un extranjero en España: «en las situaciones de estancia o residencia». La situación de estancia —legal— comprende la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días, esto es, tres meses, que podrán ser prorrogados hasta 6 meses o convertirse en una situación de residencia. Pero, naturalmen-

¹¹⁶ Vid artículo 30 bis.2 de la LEX tal y como ha quedado añadido y redactado por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Las situaciones de residencia temporal y de residencia permanente se encuentran reguladas, respectivamente, en los artículos 31 (modificado, en su gran mayoría por la Ley Orgánica 14/2003) y 32 de la LEX.

¹¹⁷ Vid. Artículos 34 y 35 LEX.

¹¹⁸ Cfr. infra.

¹¹⁹ Vid. art. 33.2 LEX tras su modificación por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, en que expresamente se señala cómo «la situación del extranjero en régimen de estudiante será la de estancia».

te, esa situación de estancia será legal, siempre y cuando, como se preceptúa en el artículo 25 de la LEX¹²⁰, la entrada en España haya sido legal, esto es, se haya llevado a cabo por los puestos fronterizos habilitados al efecto, el sujeto se halle provisto de pasaporte o documento identificativo, acredite medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España y tenga un visado, salvo que este último no sea necesario y, por supuesto, que el extranjero no se encuentre incurso en alguna de las causas de prohibición de entrada en el territorio español establecidas en el artículo 26 de la LEX¹²¹.

La cuestión a plantear, entonces, gira en torno a si la alusión al «extranjero no residente» legal en nuestro país, recogida en el artículo 89 CP, ha de interpretarse en un sentido técnico-jurídico y formal de acuerdo con las previsiones de la LEX —esto es, serán no residentes aquellos extranjeros que no disfruten de un permiso de residencia temporal o definitivo— o si, por el contrario, ha de entenderse en un sentido menos formal equiparando al concepto de residente legal aquellas otras situaciones administrativas legales, o que conceden un estatus de legalidad administrativa, pero que no consisten, propiamente, en la residencia legal y que, desde este punto de vista, no podrían dar lugar o deberían impedir la expulsión vía artículo 89 CP aunque, técnicamente, los sujetos no fuesen residentes legales; y me refiero, concretamente, a los sujetos en situación de «estancia» legal y a los estudiantes extranjeros que también gozan de ese estatus de «estancia» legal. Un sector doctrinal aboga por esta última interpretación material del concepto de «extranjero no residente legal», reduciéndolo a situaciones de estancia o permanencia ilegales desde un punto de vista administrativo; todas aquellas estancias o permanencias legales desde el punto de vista administrativo —la situación de estancia en sentido estricto por menos de tres meses y la estancia de los estudiantes— no podrían dar lugar a la expulsión a través del artículo 89 CP aunque no se trate de supuestos formales de residencia legal dado que la filosofía del precepto es la de dirigirse contra los «irregulares» o «ilegales»¹²². A mi juicio, pues-

¹²⁰ Así como, también, en el artículo 1.1 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LEX (en adelante REX).

¹²¹ «No podrán entrar en España... los extranjeros que haya sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida en virtud de Convenios internacionales en los que España sea parte».

¹²² En este sentido, vid. PALOMO DEL ARCO, A.: «La expulsión de extranjeros en el proceso penal», op. cit., p.175; ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», op. cit., p. 70, quien, no obstante, pone de relieve las incongruencias a que podría llevar esta interpretación: ofrecer un trato desigual entre extranjeros no formalmente residentes que cometan idéntico delito y que perjudicaría a quien no ha vulnerado las normas sobre inmigración, porque tendría que cumplir la pena en nuestro país, frente a aquél que ha vulnerado las normas sobre inmigración a quien la pena le sería conmutada por la expulsión.

to que la LEX distinga claramente entre extranjeros residentes —aquellos que disfruten de permiso de residencia temporal o permanente— y extranjeros en situación de estancia legal, a los efectos del artículo 89 CP, estos últimos habrán de ser reputados como susceptibles de expulsión —aunque su situación no sea administrativamente ilegal— dado que no son residentes en el sentido técnico del artículo 30 bis de la LEX¹²³.

En la misma situación se encontrarían los estudiantes extranjeros, esto es, también serían susceptibles de ser expulsados si cometen algún delito. En efecto, en el artículo 33 de la LEX se establece un régimen especial para los estudiantes; régimen por el cual, formalmente, no poseen la condición jurídico-administrativa de residentes, esto es, no son considerados residentes —ni temporales, ni permanentes—, sino que se encuentran en una situación de «estancia» durante todo el tiempo que duren sus estudios. Así lo establece claramente el artículo 30.2, reformado por la Ley Orgánica 14/2003, precisamente, para establecer de forma nítida y clara que «la situación del extranjero en régimen de estudiante será la estancia y la duración de la autorización será igual a la del curso para el que esté matriculado».

Por supuesto, creo que es obvio indicar que aquellos sujetos que se encuentren en España en situación de estancia o residencia ilegal —por haber transcurrido los 90 días de estancia legal o por haber entrado de manera clandestina—, también serán susceptibles de expulsión como ocurre habitualmente en los casos de inmigrantes ilegales que carezcan de permiso de residencia o que hayan entrado en nuestro país sin visado, sin hacerlo a través de los puestos habilitados al efecto (por ejemplo, los casos de inmigrantes que arriban a territorio español en pateras) o que carezcan de cualquier clase de documentación que acredite su identidad.

En este contexto merece especial atención el caso de los ciudadanos que provengan de algún país de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de Suiza. La afirmación realizada anteriormente en orden a que los mismos también podrían ser expulsados del territorio nacional en virtud de las previsiones del artículo 89 CP si no gozan de residencia legal en nuestro país puede resultar extraña o insólita habida cuenta de la pertenencia de nuestro país a la Unión Europea y, también, habida cuenta de la existencia de una ciudadanía de la Unión Europea y de que el Tratado de la Unión

¹²³ En idéntico sentido, vid. POZA CISNEROS, M.: «Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código Penal», op. cit., p. 336.

establece que todos los ciudadanos de la Unión Europea tienen el derecho a circular y residir libremente en cualquier Estado de la Unión¹²⁴. De esta forma parecería que todos los ciudadanos que provengan de la Unión Europea —o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de Suiza— serían residentes legales en nuestro país por el mero hecho de ser ciudadanos de la Unión o equiparados a estos por otros Acuerdos internacionales. Sin embargo, esto no es del todo cierto. En efecto, los ciudadanos de la Unión Europea gozan de un régimen especial para entrar y salir de España, así como para obtener la residencia en nuestro país; regímenes que han sido modificados recientemente y se encuentran establecidos en el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo¹²⁵. Pero, **la libertad comunitaria de circulación y residencia, no convierte a los ciudadanos de la Unión, per se o automáticamente, en residentes legales, esto es, no tienen automáticamente la condición jurídica de tales**, sino que, para *ostentar tal condición —en el sentido del artículo 30 bis de la LEX— deberán también obtener la tarjeta de residente*, salvo —y esta es una de las novedades introducidas por el Real Decreto 178/2003— los supuestos de ciudadanos de la Unión¹²⁶ —y sus familiares— que sean trabajadores por cuenta propia o ajena en nuestro país, que sean estudiantes o, por último, que sean beneficiarios del derecho a residir con carácter permanente¹²⁷; todos ellos no precisan solicitar la tarjeta de residencia y se podría decir que automáticamente gozan del estatus de residentes; el resto de los ciudadanos de la Unión sí precisan solicitarla si permanecen en España un período superior a 90 días. En consecuencia, el derecho a residir en cualquier país de la Unión no equivale a adquirir automáticamente el estatuto de residente —salvo los casos acabados de mencionar— porque éste puede verse limitado por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública¹²⁸; e incluso en los casos en que no resulta necesaria la solicitud de la tarjeta de residente también

¹²⁴ Así, vid. artículos 17 y 18 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

¹²⁵ Con anterioridad, estos extremos se regulaban mediante el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, modificado por el Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo y por el Real Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre.

¹²⁶ O de los países pertenecientes al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, incluida Suiza.

¹²⁷ Estos últimos son a los que alude el artículo 7 del Real Decreto 178/2003, y que principalmente se refiere a ciudadanos comunitarios que hayan estado trabajando en España y accedan a la jubilación a o a una incapacidad laboral.

¹²⁸ Así, vid. artículo 16 del Real Decreto 178/2003. En el caso de las razones de salud pública es preciso advertir que la expulsión sólo se puede llevar a cabo por determinadas enfermedades que se encuentran expresamente tasadas y contempladas en el Reglamento Sanitario Internacional y que, además, comporten la sujeción a período de cuarentena.

son aplicables estas limitaciones que, de concurrir, pueden conducir a la expulsión del ciudadano comunitario.

Como consecuencia de lo anterior, si un ciudadano comunitario carece de tarjeta de residente —en los casos en que sea preceptiva su obtención¹²⁹— formalmente también podrá ser expulsado en virtud del artículo 89 del CP puesto que no se trata de un residente legal¹³⁰. Ahora bien, esta afirmación se ve necesitada de ciertas matizaciones porque, en parte, resulta negada por la jurisprudencia del **Tribunal de Justicia de las Comunidades que, en dos concretas sentencias, niega la posibilidad de expulsar a un ciudadano comunitario por el simple hecho de haber recaído sobre él una condena penal**. En este sentido, señala el órgano jurisdiccional de la Comunidad que para proceder a la expulsión, además de la condena penal —dado que esta sola no basta¹³¹—, tiene que *probarse que el comportamiento personal del sujeto a expulsar constituye una amenaza actual contra el orden público o que supone una amenaza real y suficientemente grave contra un interés fundamental de la sociedad*¹³². Luego en principio, y como aquí se ha sostenido, teóricamente sería posible proceder a la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea condenado penalmente vía artículo 89 del CP, siempre y cuando, además de la condena y de la ausencia de estatus de residente, se pruebe la existencia de que constituye una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o para la salud pública.

Evidentemente, no se me oculta que la prueba de la existencia de esa amenaza real y suficientemente grave para el orden público puede ser —y es— extremadamente difícil, cuando no imposible; en el caso de la salud pública, sería relativamente más fácil, pero las causas o enferme-

¹²⁹ Supuestos, fundamentalmente en los que el ciudadano comunitario no desarrolla ninguna actividad lucrativa por cuenta propia o ajena, no es estudiante o no está incluido en alguno de los supuestos del artículo 7 del Real Decreto 178/2003.

¹³⁰ En este mismo sentido, vid. CUGAT MAURI, M.: «La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho Penal», op. cit., p. 33.

¹³¹ Porque, además, así se determina en el artículo 2.2 de la Directiva 90/364/CEE y en el artículo 3.2 de la Directiva 64/221/CEE en el que expresamente se señala que «la mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas» de expulsión por razones de orden público o seguridad pública.

¹³² Así, vid. STJC de 27 de octubre de 1977 (caso Regina/Boucherou) y de 19 de enero de 1999 (caso Calfa) en las que expresamente se afirma como es contraria al Derecho comunitario la expulsión de un ciudadano comunitario decretada de manera automática como consecuencia de una condena penal, sin tener en cuenta si su comportamiento personal ha supuesto una amenaza real y suficientemente grave contra un interés fundamental de la sociedad.

dades se encuentran expresamente tasadas¹³³. Por ello, y aunque teóricamente sea posible sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión en el caso de los ciudadanos comunitarios, en la práctica va a resultar poco menos que imposible¹³⁴; y de ello es consciente, por ejemplo, la Fiscalía General del Estado cuando, en su Circular 3/2001, señala que los Fiscales deberán informar negativamente todas las solicitudes de expulsión relativas a ciudadanos comunitarios.

Pero no son sólo las trabas jurídicas las que aconsejan renunciar a la sustitución de la pena de los ciudadanos comunitarios por la expulsión, sino que también existen cuestiones de orden eminentemente práctico que aconsejan no llevar a cabo la medida de expulsión; éstas se encuentran relacionadas con la inexistencia de fronteras dentro de la Unión Europea. En efecto, la libre circulación de personas en la Unión es una realidad incuestionable y no tendría sentido sustituir la pena y expulsar a un ciudadano comunitario cuando, al día siguiente, podría volver a entrar en nuestro país¹³⁵. En otros términos, la expulsión sería una medida muy poco eficaz —por no decir absurda— dado que prácticamente no existe ningún tipo de control sobre las personas que cruzan las fronteras interiores de la Unión; en consecuencia, la sustitución de la pena por la expulsión de un extranjero comunitario, a lo único que podría conducir sería a su impunidad dado que la prohibición de entrada —que, además, no se podría imponer¹³⁶— puede ser muy fácilmente burlada. Por otro lado, nótese cómo la sustitución de la pena por la expulsión propiciaría una notable diferencia de trato entre los nacionales españoles y los nacionales de cualquier otro país de la Unión —diferencia de trato a favor de los comunitarios respecto de los españoles—, cuando la tendencia generalizada en todos los ámbitos de la Unión Europea es la de suprimir las diferencias de trato entre los nacionales de los diversos países de la Unión.

¹³³ Y, además, no se permite si la enfermedad se ha contraído después de la expedición de la primera tarjeta de residencia o se ha permanecido durante un año en nuestro país. Vid. artículo 16.5 del Real Decreto 178/2003.

¹³⁴ Y así lo entienden también los Tribunales. Vid., por ejemplo, el Auto de la AP de Cádiz, núm. 108/2003, Sección 7ª, de 28 de julio, que deniega la sustitución de la pena por la expulsión, solicitada por el propio extranjero condenado, debido a que su nacionalidad era británica.

¹³⁵ Ciudadano comunitario al que, además, no se le podría aplicar la prohibición de entrada a que se refieren los artículos 89.2 CP y 26.1 de la LEX. A este respecto, conviene recordar que, como se establece en el artículo 1.3 de la LEX, tal y como ha quedado redactado por la Ley Orgánica 14/2003, los ciudadanos comunitarios «se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley **en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables**». Como se podrá comprender, la prohibición de entrada por el mero hecho de haber cometido un delito no resulta más favorable que la normativa comunitaria.

¹³⁶ O si se impone sería totalmente ineficaz. Cfr. nota anterior.

B. La automaticidad de la medida y supuestos en que no es posible proceder a la expulsión. Incongruencias de tal previsión y reducción sistemática de la aplicación del precepto. Las recientes interpretaciones jurisprudenciales negando la automaticidad de la medida.

Uno de los aspectos más significativos que han variado con la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003 es que, a partir de su entrada en vigor, la sustitución de la pena por la expulsión, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 89 CP, es automática y, prácticamente, obligatoria. En otros términos, **a partir de la entrada en vigor de esa reforma, los jueces y Tribunales deben obligatoriamente sustituir la pena por la medida de expulsión salvo casos muy excepcionales** y basados, única y exclusivamente, en la apreciación judicial de que «la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español».

Con la inicial y originaria configuración del precepto, la situación era la contraria: los jueces no tenían la obligación de proceder a la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión¹³⁷, sino que se trataba de una sustitución totalmente potestativa y discrecional del juez o tribunal que la podía tomar, bien de oficio, bien a instancias del propio condenado, bien a instancias del Ministerio Fiscal o de las acusaciones particulares¹³⁸. Con la reforma, se anula parcialmente esa potestad discrecional del juez o tribunal y, como se ha señalado, se establece la automaticidad de la medida si concurren los requisitos objetivos, salvo casos excepcionales basados únicamente en «la naturaleza del delito».

En realidad, lo que antes era excepcional o potestativo —la sustitución por la expulsión— ahora pasa a ser regla general¹³⁹. Es más, con la reforma, y con el fin de contribuir a esa automaticidad, se han eliminado algunas trabas procesales que podrían dilatar la sustitución. Y me

¹³⁷ Y ello, a pesar de que desde la Fiscalía General del Estado, en diferentes circulares, se insistía en que todos los Fiscales deberían instar del juez la aplicación de la medida sustitutiva. Así, vid. Circular 1/1994, de 15 de febrero y 3/2001, de 22 de diciembre.

¹³⁸ Expresamente en el precepto, como vimos, —y salvo para el caso de las penas privativas de libertad superiores a 6 años— no se contenía ninguna de esas previsiones en relación con quién se encontraba facultado para instar la medida. Sin embargo, de forma general, se interpretaba que todas las partes, incluido el propio interesado, podían instar la sustitución. De hecho, solía ser una práctica muy común que fuese el extranjero condenado el que instase la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional, paradójicamente, en supuestos en que el juez o tribunal se negaba a tal sustitución. Así ocurría, generalmente, en los supuestos de condena por delitos de tráfico de drogas.

¹³⁹ En este mismo sentido, y también críticamente, vid. la reciente STS 901/2004, de 8 de julio.

refiero concretamente a que con la anterior regulación era preceptivo oír al reo antes de la sustitución¹⁴⁰ y ahora, en ningún caso, resulta preceptivo oírle para proceder a la sustitución ya que ese requisito ha sido conscientemente eliminado de la redacción del precepto. Es más, para contribuir en mayor medida a esa automaticidad, *en el precepto no exige que la sustitución haya de venir motivada por parte del juez o tribunal* —al contrario de lo que ocurre en otros supuestos de sustitución¹⁴¹—, sino que la misma ha de ser automática y realizarse en la propia sentencia, no en un momento posterior. Pero, resulta curioso que si no se exige que la sustitución por la expulsión haya de venir motivada por parte del juez o tribunal, *sí se exige expresamente esa motivación en el caso de que el juez o tribunal decida no sustituir la pena por la expulsión del territorio nacional*. En definitiva, y sin duda alguna, lo que se persigue es facilitar al máximo la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión propugnando su automaticidad y, a la vez, poner las mayores trabas posibles a la solución contraria, esto es, a que el extranjero cumpla la pena en nuestro país; y todo ello, además, a pesar de que el Tribunal Constitucional ya hubiese declarado que, aunque la anterior regulación tampoco exigía expresamente que se motivase la sustitución de la pena por la expulsión, era preceptiva tal motivación¹⁴². En este sentido, en mi opinión, **y aunque el precepto obligue a la sustitución automática, no es posible interpretar esa automaticidad como ausencia total de motivación por parte del juez o tribunal al proceder a la expulsión** so pena

¹⁴⁰ Así se establecía expresamente en el originario artículo 89.1 *in fine*: «en ambos casos será necesario oír previamente al penado». Y los tribunales interpretaban este requisito de modo estricto en el sentido de que tenía que existir un trámite procesal *ad hoc* para que el reo expusiese lo que considerase conveniente antes de tomarse la decisión de sustituir la pena. Ese trámite procesal no se podía confundir con el uso del «derecho a decir la última palabra» que tiene todo acusado en el trámite del juicio oral en virtud de lo previsto en el artículo 739 de la LECrim. En este sentido, señalaba el Tribunal Constitucional en su STC 242/1994, de 20 de julio, fundamentos jurídicos 6º y 7º, cómo «se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita (exponer, discutir y analizar el conjunto de las circunstancias en que la expulsión ha de producirse)... La audiencia prevista en el art. 739 LECrim se circunscribe a posibilitar el ejercicio de la autodefensa frente al hecho punible imputado, mientras que la audiencia... pretende formular alegaciones sobre la posibilidad de sustituir el cumplimiento de la pena privativa de libertad prevista por la expulsión del territorio nacional, a efectos de que el órgano judicial pueda efectuar la ponderación de valores en juego que es también presupuesto mismo de la legitimidad de la expulsión... Unas garantías que... sólo se entenderán cubiertas en el marco de una consulta específica sobre las medidas de expulsión, y de las razones que el afectado pueda oponer a su puesta en práctica».

¹⁴¹ Así, concretamente, los supuestos generales de sustitución de penas privativas de libertad por otras menos gravosas regulado en el artículo 88 CP y al contrario de lo que ocurre en el supuesto de condena condicional —artículo 80— en el que también se exige motivación por parte del juez.

¹⁴² Así, vid. STC 242/1994, de 20 de julio, fundamento jurídico 6º.

de vulnerar un derecho constitucional tan básico como el de la tutela judicial efectiva; derecho del que gozan todos los extranjeros en nuestro país —ya sean legales o ilegales—, como establece expresamente el artículo 20.1 de la LEX, y que, como se sabe, **comprende el derecho a la obtención de resoluciones motivadas por parte de los órganos judiciales.** Por tanto, y aunque el precepto no lo exija expresamente, la sustitución de la pena por la expulsión deberá también motivarse, sobre todo, y fundamentalmente, cuando el condenado se oponga a tal expulsión¹⁴³. Y así lo ha declarado ya el Tribunal Supremo en su reciente sentencia 901/2004, de 8 julio que, en relación con la nueva redacción del precepto introducida por la Ley Orgánica 11/2003, señala cómo «la filosofía de la reforma del artículo 89 del Código Penal responde a criterios meramente defencistas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero **siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso por caso y por tanto motivado**»; **análisis individualizado que no sólo ha de tener en cuenta la naturaleza del delito, sino también la situación de arraigo del extranjero en nuestro país, aunque se trate de un extranjero sin residencia legal.** Con todo ello, como señala el Tribunal Supremo «se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad».

Si, como se ha señalado, la regla general es la de la obligatoriedad de la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, esta regla, naturalmente, tiene excepciones. Por un lado, algunas de esas excepciones se encuentran expresamente tasadas en el artículo 89.4; esto es, cuando se trate de delitos relacionados con el tráfico ilegal de personas o contra los derechos de los extranjeros y los relacionados con las redes organizadas que se dedican a la comisión de tales delitos¹⁴⁴; cuestión esta que se verá con posterioridad en mayor profundidad. Por otro lado, igualmente, el artículo 89.1 quinto párrafo, excepciona la automaticidad de la sustitución si la expulsión no puede llevarse a efecto por las circunstancias que sean; por ejemplo, porque no se conozca la nacio-

¹⁴³ En este sentido, resulta curioso el Auto de la AP de Madrid, núm. 421/2003, Sección 16ª, de 5 de noviembre, en el que se establece la aplicación retroactiva del actual artículo 89.1 CP y se sustituye la pena por la expulsión a petición del propio condenado. La Audiencia entendió que el nuevo artículo 89 CP era un precepto más favorable al reo que el anterior porque establece la automaticidad de la medida de expulsión para todas las penas inferiores a 6 años —que, en su opinión, resulta ser más beneficiosa para el reo que el cumplimiento de la pena— y, en consecuencia, concedió la expulsión en sustitución de la pena cuando el juzgado de ejecutorias había denegado expresamente la sustitución. Y todo ello, además, en mi opinión, sin fundamentar por qué se procedía a la sustitución o, **fundamentándolo, simplemente, en que la regla contenida en el nuevo artículo 89 del CP era la de la automaticidad de la expulsión.**

¹⁴⁴ Artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518.

nalidad del delincuente¹⁴⁵, esto es, sea un indocumentado, por la falta de colaboración de algunos consulados, porque su país de origen decida no admitirlo¹⁴⁶, porque la autoridad gubernativa no tenga medios económicos o materiales para proceder a la expulsión¹⁴⁷, etc.... *En estos casos de imposibilidad de proceder a la expulsión el citado precepto del CP declara que se cumplirá la pena en nuestro país.* Pero, el hecho de que la expulsión no pueda llevarse a efecto en el momento inmediatamente posterior a la condena y a la sustitución de la pena, al contrario de lo que pudiera parecer, no significa que el extranjero vaya a cumplir la totalidad de la pena en nuestro país. Por el contrario, y habida cuenta de la perfecta coordinación normativa existente en la materia, se establecen en nuestro Ordenamiento mecanismos jurídicos para que, en cualquier momento de la ejecución de la pena en que desaparezcan las dificultades para proceder a la expulsión —que incluso podrían ser momentos inmediatamente anteriores a la extinción de la condena— sea posible ejecutar tal expulsión en sustitución de la pena. Así ocurre como consecuencia de lo establecido en la Disposición Adicional 17ª de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial. En dicha Disposición Adicional, tras establecer la obligación del Juez o Tribunal de comunicar a la autoridad gubernativa la sustitución de la pena por la expulsión, se preceptúa que **«la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión»**. Bien es cierto que en la referida Disposición Adicional también se establece que la autoridad gubernativa habrá de materializar la expulsión «en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes», pero añade, «salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial». Es decir, en principio, la expulsión habrá de materializarse en un plazo de 30 días, pero si existe causa justificada que la impida —extranjero indocumentado respecto del que se desconoce su país de origen, etc...— la pena habrá de comenzar a ejecutarse en nuestro país y nada obsta para que, cuando desaparezcan las causas que impiden la materialización de la expulsión,

¹⁴⁵ Supuesto muy común por lo general.

¹⁴⁶ Por ejemplo, porque sea un indocumentado y no conste que ese es su verdadero país de origen. En muchos casos se producen estas circunstancias cuando se pretende expulsar a sujetos que se cree marroquíes pero que, en realidad, pertenecen a otros países del magreb y, en consecuencia, Marruecos se opone a su admisión.

¹⁴⁷ De hecho, y como señala PAZ RUBIO, se han detectado dificultades económicas en algunas Delegaciones del Gobierno para hacer frente a las expulsiones; hasta tal punto que, en algunos casos, se han cargado los gastos económicos que genera la expulsión a los gastos de protocolo. PAZ RUBIO, J.M^a: «Expulsión de extranjeros», en MARTÍN PALLÍN, J.A.: *Extranjeros y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. IV-2003, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 107.

ésta se pueda llevar a cabo aunque se encuentre muy avanzado el cumplimiento de la condena. En mi opinión, no existe ningún cauce procesal para que el juez o tribunal —reitero aunque se encuentre muy avanzada la ejecución de la condena— se oponga a que se materialice la expulsión, entre otras circunstancias, porque la oposición a tal materialización resultaría totalmente contraria a lo que el propio Tribunal estableció previamente en la sentencia: la sustitución; negarse a que la misma se materialice —aun cuando la ejecución de la condena se encuentre muy avanzada— significaría ir contra sus propios actos dado que en el momento de la sentencia no mostró ninguna duda a la sustitución. En realidad, podría ocurrir que tras cumplir la condena, o una gran parte de ella, el sujeto fuese expulsado vía artículo 89 CP y no vía artículo 57.2 de la LEX que, en mi opinión, sería lo más lógico, a pesar de la vulneración del principio *non bis in idem* que conllevaría este precepto. Vulneración del principio *non bis in idem* que, por otra parte, también se daría si el sujeto cumple gran parte de la condena en nuestro país y posteriormente es expulsado vía artículo 89 CP porque, en realidad, la pena que se sustituye ya se ha cumplido y ello equivaldría a imponer dos sanciones a un mismo sujeto por los mismos hechos y con idéntico fundamento.

Para otros casos, el propio artículo 89 CP también establece una cláusula totalmente abierta en la que se señala que la sustitución no podrá llevarse a efecto cuando el juez o tribunal «excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español». Y, a este respecto, me gustaría llamar la atención sobre el hecho de que esas excepciones nada tienen que ver con la situación personal del extranjero condenado; y estoy pensando, por ejemplo, en que para el artículo 89 nada importa si es la primera vez que el sujeto ha delinquido, si se trata de un reo habitual o no, si está enfermo, si es toxicómano, si —a pesar de no ser residente legal— tiene arraigo en nuestro país, si la pena privativa de libertad es exigua, etc...; en definitiva, a la hora de la sustitución por la expulsión poco importan sus circunstancias personales o familiares. A la hora de decidir sobre la sustitución de la pena por la expulsión lo único que importa, como señala el precepto, es «la naturaleza del delito»; la naturaleza del delito —y ningún otro extremo— es lo que ha de justificar el cumplimiento de la pena de prisión en España. Tal y como se encuentra redactado el precepto ese es el único motivo que permite al juez o tribunal denegar la expulsión. No obstante, la reciente STS 901/2004, de 8 de julio, ha interpretado que, a la hora de tomar la decisión, no sólo se pueden tener en cuenta motivos relacionados con «la naturaleza del delito», sino también, y especialmente, motivos relacionados con las circunstancias personales y familiares del delincuente extranjero y, más concretamente, con su situación de arraigo en España aunque el precepto no se refiera a todas ellas.

En principio, si existe tal situación de arraigo, y «la naturaleza del delito» a que se refiere el artículo 89 CP no necesariamente aconseja el cumplimiento de la pena en nuestro país, el juez o tribunal deberá denegar tal sustitución porque, en opinión del Tribunal Supremo, así lo impone el derecho constitucional a la familia. Es decir, por obra jurisprudencial, se ha venido a exponer una nueva causa de excepción a la automaticidad de la medida de expulsión.

Pero, volviendo a la referencia a «la naturaleza del delito», única circunstancia que según el texto de la ley permite denegar la expulsión o, de otro modo dicho, permite no proceder a la automaticidad de la sustitución, en mi opinión, existen muchas posibilidades para que esa referencia se interprete desde un punto de vista totalmente objetivo y formal que tenga en cuenta, única y exclusivamente, la gravedad del delito cometido. Sirva de ejemplo cómo interpretaba la Fiscalía General del Estado¹⁴⁸ el originario artículo 89: exigiendo a los Fiscales que instasen la sustitución en todos los casos y que se opusiesen a ella sólo cuando se tratase de delitos graves, esto es, de delitos castigados en el CP con pena de prisión igual o superior a 3 años¹⁴⁹. El resto de los delitos o de las faltas conminados con pena inferior, con independencia de que se trate de delitos dolosos o imprudentes, con independencia de la pena privativa de libertad que tengan, a buen seguro, darán lugar a la aplicación automática de la expulsión, y de ello ya existen algunos ejemplos jurisprudenciales¹⁵⁰. Naturalmente, todo ello, a salvo de las exigencias que el TS ha realizado en su STS 901/2004, de 8 de julio, en relación con la situación de arraigo del extranjero. Pero, lo que más me interesa destacar es que con la referencia a «la naturaleza del delito», como excepción a la expulsión, no se tienen en cuenta los efectos que sobre la prevención general pudiera tener la medida, bien entendido que esto será así si, con anterioridad, no se ha procedido a la expulsión conforme al artículo 57.7 LEX que, qué duda cabe, también tiene indudables efectos sobre la prevención general.

El hecho de que la gravedad del delito, o como señala expresamente el artículo 89 CP, el hecho de que «la naturaleza del delito» sea lo único

¹⁴⁸ Vid. Circular 3/2001, de 21 de diciembre.

¹⁴⁹ Dado que, cuando entre en vigor la Ley Orgánica 15/2003, la calificación como delitos graves sólo alcanzará a aquellos que se encuentren previstos con penas privativas de libertad superiores a 5 años, y no superiores a 3, como ocurre ahora mismo, no sabemos si la Fiscalía General del Estado seguirá manteniendo el mismo criterio: instar la expulsión, de forma general, en todos los casos en que la condena llegue hasta los 5 años.

¹⁵⁰ Así, vid. Auto de la AP de Madrid, núm. 421/2003, Sección 16ª, de 5 de noviembre, en la que se establece claramente cómo la medida de sustitución de la pena por la expulsión se ha de tomar automáticamente. También, procediendo a la automaticidad, vid. SAP de Madrid, Sección 1ª, de 19 de noviembre de 2003.

que puede hacer que los jueces y tribunales renuncien a la sustitución de la pena por la expulsión —a salvo de lo establecido en la STS 901/2004 de 8 de julio— puede plantear numerosos problemas porque, como se ha dicho, ese criterio, en absoluto tiene en cuenta cuestiones de prevención general. Con esa referencia a la «naturaleza del delito» no podrían negarse los jueces y tribunales a sustituir la pena por motivos relacionados con la prevención general y, naturalmente, en supuestos en que el sujeto no tuviese arraigo en nuestro país. Y, en este sentido, me refiero a que tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 11/2003, no sería posible encontrar resoluciones como el Auto de la AP de Ceuta, núm. 53/2003, Sección 6^a, de 7 julio, en el que se deniega la sustitución por la expulsión, única y exclusivamente, en atención a criterios de prevención general. Se trata de un caso en el que la Audiencia de Ceuta denegó la sustitución de la pena por la expulsión de un ciudadano marroquí condenado; la denegación de la expulsión se realizó en atención a las enormes posibilidades de incumplimiento de la prohibición de entrada que la medida podría tener y, en consecuencia, en atención al escaso efecto preventivo general de la medida. En efecto, la nacionalidad marroquí del delincuente y el lugar donde se cometió el delito (Ceuta) hacían que la expulsión resultase impracticable desde el punto de vista de la prevención general. Al existir un régimen especial para el paso de los ciudadanos marroquíes a la ciudad de Ceuta —entrada que, según declara expresamente la AP de Ceuta, es «constante y multitudinaria» lo que hace que resulte imposible controlar de forma individualizada a los ciudadanos marroquíes que entran—, hacía totalmente ineficaz la medida de expulsión «por lo que se aseguraría la impunidad del delito» dado que, al día siguiente de ser expulsado, el condenado podría otra vez pasar a Ceuta. Expresamente se señala en el Auto que la expulsión «redundaría en la inutilidad de la pena en su finalidad preventiva, tanto especial como general, ocasionando cierta impunidad de las conductas que se persiguen y que desgraciadamente son habituales en este territorio». Pues bien, con la nueva redacción del artículo 89 CP, y la alusión a «la naturaleza del delito» como único criterio para denegar la sustitución de la pena por la expulsión, se encontrarían vedadas este tipo de denegaciones judiciales basadas única y exclusivamente en cuestiones de eficacia de la medida y, en definitiva, en cuestiones de prevención general. Como se podrá comprender, la naturaleza del delito —menos grave en este caso, tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud— nunca podría justificar la denegación de la expulsión y, en consecuencia, el efecto criminógeno de la medida —en un lugar como Ceuta— podría ser claro y alarmante; efecto criminógeno que no sólo se daría en Ceuta, sino que se podría extender a todo el territorio nacional, pero que, por las circunstancias especiales de esa ciudad, resulta mucho más nítido.

No obstante, y aunque la referencia a la naturaleza del delito que se establece en el artículo 89 CP se pueda interpretar de la forma en que

se ha dicho, me aventuro a ofrecer algún criterio, distinto del de los delitos graves —y de la situación de arraigo en España introducida por la reciente STS 901/2004, de 8 de julio—, a fin de **excluir de la aplicación del artículo 89 los delitos y faltas imprudentes y los delitos y faltas castigados con pena privativa de libertad inferior a 1 año**. Aun sabiendo que la filosofía del artículo 89 CP es la de la aplicación automática de la medida, sobre todo en esos casos de delitos menores, me atrevo a realizar una interpretación sistemática del mismo poniéndolo en relación con las previsiones de la legislación sobre extranjería, esto es, con las previsiones de la LEX. Si, como he venido manteniendo aquí, el artículo 89 CP no es otra cosa que un instrumento más de la política migratoria, y así se pretende utilizar, pues bien, utilicémoslo de acuerdo con las previsiones de esa política migratoria establecidas en la LEX, que es su sede natural, y no vayamos más allá de las previsiones que realiza aquélla. Si recordamos, el artículo 57.2 LEX prevé la expulsión del extranjero condenado **por delito doloso a pena privativa de libertad superior a 1 año tras el cumplimiento de la condena**. Ésta es la única causa de infracción administrativa que, con posterioridad a la condena, permite la expulsión del extranjero basada, precisamente, en la existencia de una condena penal. En este sentido, si la LEX —reitero, que es la que establece la política migratoria de nuestro país— *no contempla como un supuesto de infracción, y por tanto, tampoco de expulsión, la comisión de delitos imprudentes o la comisión de faltas o delitos dolosos castigados con pena de menos de 1 año —es decir, no se consideran infracción administrativa a los efectos de expulsión—, en mi opinión, el CP no puede ir más allá y considerar que los delitos imprudentes y las faltas y delitos dolosos castigados con pena de menos de 1 año pueden dar lugar a la expulsión*. Resulta totalmente incongruente que la Administración —que es la encargada de velar por la aplicación de la LEX— no pueda, en esos casos, proceder a la expulsión —porque la comisión de esos delitos no constituye infracción administrativa— y sí lo pueda —o, mejor dicho, deba— hacer la autoridad judicial. Evidentemente, no se me oculta que los supuestos previstos en el artículo 89 se refieren a los extranjeros no residentes legalmente en nuestro país, esto es, ilegales, y que la Administración, perfectamente, podría expulsarlos, no a través de la vía del artículo 57.2 de la LEX —puesto que se trata de delitos imprudentes o dolosos castigados con penas inferiores a un año—, sino a través de la vía del artículo 57.1 de la LEX —situación de ilegalidad de la residencia—. Si bien esto es cierto, es decir, que la espada de Damocles pende sobre ellos, es posible significar que el fundamento de una y otra expulsión es totalmente distinto: en un caso la comisión de un delito y, en el otro, la situación de ilegalidad administrativa. Y si esto es así, nótese que, en el caso de los delitos imprudentes y de los dolosos con pena inferior a un año, *el juez o tribunal penal que proceda a sustituir la pena por la expulsión estaría ejerciendo funciones que no le corresponden*:

el control de la situación de ilegalidad administrativa del extranjero. Si la comisión de esos delitos, y la condena por los mismos, no supone infracción administrativa alguna, entonces la expulsión decretada judicialmente sólo se basaría o fundamentaría en la situación de la residencia ilegal del extranjero. En definitiva, se está utilizando al juez penal para realizar o ejecutar algo —expulsar a un extranjero que ha cometido un delito— que no puede realizar la Administración o la Autoridad gubernativa porque la LEX no se lo permite dado que se trata de un delito imprudente o un delito doloso castigado con pena inferior a un año; es más, conviene recordar a este respecto que la Disposición Adicional 17 de la Ley Orgánica 19/2003, sólo obliga a los jueces y tribunales a comunicar a la autoridad gubernativa las condenas por delitos dolosos castigados con pena superior a un año —en las que no se proceda a la expulsión vía artículo 89 CP—, no la comunicación de las condenas por delitos imprudentes o dolosos castigados con menos de un año de prisión; y ello aunque se trate de delitos cometidos por extranjeros sin residencia legal. Como se podrá comprender, este hecho no tiene ningún sentido: no tiene sentido que la comisión de un delito imprudente o de un delito doloso con pena inferior a un año no pueda ser causa de expulsión administrativa y sí pueda ser causa de expulsión penal. En consecuencia, desde aquí se propone que, ni el caso de los delitos dolosos castigados con penas inferiores a 1 año, ni en el caso de los delitos imprudentes se proceda a la expulsión por la vía del artículo 89 so pena de convertir al juez o tribunal penal en controlador de la legalidad administrativa y ejecutor de sanciones administrativas basadas, única y exclusivamente, en la situación de residencia ilegal del extranjero cuyo control y ejecución no corresponde al juez penal, sino a la autoridad gubernativa.

C. Prohibición de aplicación del régimen general de las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad: suspensión condicional y sustitución del artículo 88 CP. Nula previsión en cuanto a la libertad condicional.

La originaria configuración del artículo 89 CP planteaba varias dudas relacionadas con la posibilidad de aplicación a los extranjeros sin residencia legal del resto de las medidas sustitutivas de las penas privativas de libertad o la libertad condicional; más concretamente, se planteaba si en lugar de la expulsión era posible proceder a aplicarles, bien la suspensión condicional de la pena —en cualquiera de sus modalidades, incluida, por tanto, la suspensión condicional en el caso de toxicómanos—, bien la sustitución en sentido estricto de la pena privativa de libertad por otra pena menos gravosa como multa o arrestos de fin de semana o trabajos en beneficio de la comunidad —artículo 88—, o bien los supuestos generales o especiales de libertad condicional. Naturalmente, todo ello, bien entendido, si los extranjeros cum-

plían con los requisitos exigidos para la aplicación de alguna de esas figuras. Nada impedía, a mi entender, la aplicación de alguna de esas formas sustitutivas en lugar de la expulsión, reitero, si cumplían con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos en las mismas puesto que, además, recordemos que en la originaria redacción del artículo 89 la sustitución de la pena por la expulsión era potestativa de los jueces o tribunales que, perfectamente podían optar por aplicar la expulsión o por aplicar alguna otra medida sustitutiva. Es más, desde ciertos sectores doctrinales se propugnaba que la sustitución de la pena por la expulsión sólo se podía llevar a cabo tras comprobar que no era posible la aplicación de ninguna otra medida alternativa a la pena porque no se cumplían los requisitos exigidos; esto es, la expulsión se entendía como el último recurso al que debería acudir el juez como alternativa a la prisión¹⁵¹.

Sin embargo, esto ha cambiado notablemente con la reforma operada en el artículo 89 por la Ley Orgánica 11/2003. En primer lugar, porque, como hemos visto, la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión ha de ser prácticamente automática. Y, en segundo lugar, y esto es lo más relevante, *porque se ha introducido un párrafo 3º en el artículo 89.1 en el que expresamente se prohíbe la aplicación de los artículos 80, 87 y 88 CP*; esto es, ahora nunca es posible aplicar a los extranjeros ilegales ninguna otra forma sustitutiva de la pena privativa de libertad distinta de la expulsión, *aunque cumplan con los requisitos para tal aplicación*. En definitiva, no cabe aplicarles la suspensión condicional de la pena ni la sustitución por otra pena menos gravosa; la única medida sustitutiva que se puede llevar a cabo en estos casos es la expulsión del territorio nacional.

No obstante, en los casos en que el juez o tribunal, recordemos, excepcionalmente y de forma motivada, decida negarse a sustituir la pena por la expulsión —en atención a la naturaleza del delito, esto es, a la gravedad del delito—, es posible plantear si al extranjero ilegal le serían de aplicación las normas generales de sustitución de las penas de prisión, esto es, la suspensión condicional y la sustitución por otra pena menos gravosa. En principio, en el precepto no existe ningún tipo de prohibición expresa en este sentido, aunque, en mi opinión, sí existe una prohibición tácita.

En efecto, en primer lugar, el artículo 89.1 tercer párrafo, al prohibir la aplicación de otras sustituciones de la pena distintas a la expul-

¹⁵¹ Así, vid. CUGAT MAURI, M.: «La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho Penal», op. cit., *passim*.

sión está prohibiendo, reitero, tácitamente, que los jueces o tribunales puedan optar por aquéllas en lugar de por ésta. Naturalmente, esa prohibición tácita podría ser formalmente evitada optando por no aplicar la expulsión —de forma excepcional y motivada—, imponer la pena privativa de libertad en la sentencia y, con posterioridad, mediante auto, proceder bien a la suspensión condicional o bien a la sustitución del artículo 88. Tanto la suspensión condicional como la sustitución del artículo 88 no es necesario que se lleven a cabo en la sentencia y, desde este punto de vista exclusivamente jurídico formal, no habría ningún problema para aplicar los substitutivos generales de las penas privativas de libertad porque el juez no estaría optando entre aplicar la expulsión o aplicar el resto de medidas substitutivas generales.

Pero, en segundo lugar, y quizás esto sea lo más relevante para negar la cuestión planteada, el artículo 89 CP establece, como hemos visto, que cuando el juez, de forma motivada, decida no proceder a la expulsión se tiene que deber a motivos relacionados con la naturaleza del delito —esto es, con la gravedad del delito— y que, además, esa naturaleza del delito aconseje o justifique «el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España». El tenor literal de estos términos, en mi opinión, veda toda posibilidad de proceder como se ha señalado antes; esto es, imponiendo la pena —en lugar de la expulsión— y luego substituyéndola, bien por la condena condicional, bien por la sustitución del artículo 88. Y ello porque **el artículo 89 establece claramente que si el juez o tribunal decide no proceder a la expulsión es para que el sujeto cumpla la pena en prisión** —porque se trate de un delito grave— **y no para que se le puedan aplicar otros substitutivos como la suspensión condicional o la sustitución por una pena menos gravosa**, aun cuando el sujeto cumpliera todos los requisitos objetivos y subjetivos para la aplicación de cualesquiera de estas medidas.

No obstante, no ocurriría lo mismo con la libertad condicional para el supuesto de las penas privativas de libertad inferiores a 6 años; el supuesto de las penas privativas de libertad superiores a 6 años se verá con posterioridad dado que plantea algún problema adicional porque la expulsión se configura como una especie de libertad condicional *sui generis*.

En efecto, en el caso de las penas privativas de libertad inferiores a 6 años, si el juez o tribunal estima que han de cumplirse en nuestro país —y efectivamente se cumplen—, en mi opinión, no existe ningún problema para que los extranjeros puedan gozar de la libertad condicional, en cualquiera de sus modalidades, si cumplen con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos para ello. Pero, si formalmente es posible la aplicación de la libertad condicional en estos casos, lo cier-

to, es que, como ya he señalado con anterioridad, la espada de Damocles pende sobre el extranjero en libertad condicional. Recordemos que la LEX prevé que todos aquellos extranjeros condenados por delito doloso a pena privativa de libertad superior a 1 año son susceptibles de ser expulsados (artículo 57.2). Si, además, esas previsiones las unimos a otras que se contienen en nuestro Ordenamiento, podremos comprobar cómo el mismo está perfectamente armonizado o coordinado para que se proceda a tal expulsión administrativa. Y, entre esas previsiones, me estoy refiriendo, por ejemplo, a la que se contempla en la Disposición Adicional 17^a de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que obliga a los órganos judiciales a comunicar a la autoridad gubernativa «aquellas condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, a los efectos de incoación del correspondiente expediente sancionador». Pero, de la misma forma, el artículo 136.5 del Reglamento de extranjería¹⁵² (en adelante REX) prevé que los directores de los establecimientos penitenciarios notifiquen a la autoridad gubernativa, con tres meses de antelación, la excarcelación de los extranjeros «a los efectos de que, en su caso, se proceda a la expulsión, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000». Y, por si hubiese algún problema en cuanto a la comunicación, el artículo 136.6 REX prevé que el Registro Central de Penados y Rebeldes comunique de oficio los antecedentes penales de los extranjeros condenados por delito doloso a una pena superior a un año. En definitiva, todo está jurídicamente previsto para, si se me permite la expresión gráfica, la policía esté esperando al extranjero a la puerta de la prisión para, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo, expulsarle del país.

Respecto a los supuestos de sustitución de penas privativas de libertad superiores a 6 años es posible plantear si, en caso de no llevarse a cabo la sustitución cuando se cumplan los 3/4 de la pena o el acceso al tercer grado penitenciario, el extranjero puede disfrutar del beneficio penitenciario de la libertad condicional en cualquiera de sus modalidades, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos. En mi opinión, no existe ningún problema para ello. Es más, el propio artículo 89.1 mientras que realiza una prohibición expresa respecto a la suspensión condicional o sustitución del artículo 88, nada dice sobre que no se pueda aplicar la libertad condicional en estos supuestos; naturalmente, siempre y cuando se cumplan los requisitos para ello. Qué duda cabe que la filosofía perseguida por la norma en estos casos es que no se disfrute la libertad condicional en nuestro país. Pero, si el Ministerio Fis-

¹⁵² RD 864/2001, de 22 de diciembre.

cal no solicita tal expulsión —lo que, sin duda, resultaría extraño¹⁵³—, en mi opinión no existe ningún problema para la aplicación de la libertad condicional.

Lo mismo ocurriría, a mi juicio, en el caso de sujetos condenados por alguno de los delitos establecidos en el artículo 89.4 y respecto de los cuales nunca es posible proceder a la sustitución de la pena por la expulsión. Si se cumplen los requisitos para la concesión de la libertad condicional, no existe ningún obstáculo para que la misma se produzca.

D. Efectos de la sustitución: expulsión y prohibición de regreso. Supuestos de quebrantamiento de la prohibición. Supuestos de imposibilidad de llevar a cabo la expulsión.

Evidentemente, la sustitución —total o parcial— de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional tiene un primer efecto —la expulsión— pero no es el único. Así, el artículo 89.2 señala expresamente que, **cualquiera de las dos modalidades de expulsión, llevará aparejada la prohibición de regresar a España por un plazo mínimo de 10 años, contados desde la expulsión, y en cualquier caso, nunca antes de que la pena haya prescrito si la prescripción tiene lugar después de transcurridos esos diez años.**

La redacción del precepto no es la originaria del artículo 89, sino que ha sido modificada por la Ley Orgánica 11/2003. En este sentido, antes de la reforma, su contenido era distinto en lo relacionado con su severidad y, además, al contrario de lo que ocurre tras la reforma, permitía una cierta individualización personal y temporal de la prohibición de entrada en función del delito cometido. En efecto, con anterioridad a la reforma, la sustitución de la pena por la expulsión también llevaba aparejada una prohibición de entrada en nuestro país que podía oscilar, dependiendo de cuál fuese el delito cometido, entre 3 y 10 años, contados desde el momento de la expulsión. Con la reforma, *el máximo de prohibición de entrada que antes se podía imponer —10 años—, pasa ahora a ser el período mínimo de prohibición de entrada* para todos los supuestos dado que ese período mínimo se puede incrementar si la prescripción de la pena concurre con posterioridad a esos 10 años de prohibición de entrada general, sea cual sea el delito o la falta cometidos. Como se podrá comprender, la proporcionalidad resulta totalmente inexistente cuando se trata de condenas leves o menos graves porque a todas ellas se les aplica la misma prohibición de entrada: 10 años. De la misma for-

¹⁵³ Habida cuenta de lo que se establece en la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado.

ma, la falta de coordinación entre la legislación penal y la legislación de extranjería es, en este punto, flagrante. En efecto, mientras que para el CP el mínimo para la prohibición de entrada es de 10 años, para el artículo 58.1 de la LEX esa prohibición de entrada puede oscilar entre 3 y 10 años tal y como se establecía antes en el artículo 89 CP.

Pero, qué ocurre si el sujeto quebranta la prohibición de entrada en nuestro país durante el período establecido. A ello responde el artículo 89.3 CP cuya redacción también ha sido objeto de modificación por la Ley Orgánica 11/2003. Tras su reforma, el precepto señala que si se intenta quebrantar la prohibición de entrada, el extranjero será «devuelto», **que no expulsado**, por la autoridad gubernativa **y se volverá a iniciar el cómputo de prohibición de entrada en su integridad; en otros términos, tendrá nuevamente prohibida la entrada durante otros 10 años**. La figura de la expulsión y de la devolución son totalmente distintas y, en consecuencia también su regulación en la LEX. En este sentido, la devolución no exige la sustanciación de ningún expediente administrativo¹⁵⁴, mientras que la expulsión sí, y en consecuencia resulta mucho más rápida, expeditiva, fulminante y contundente porque sólo requiere que sea decretada, reitero, sin la incoación de previo expediente administrativo, por la autoridad gubernativa.

Con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003 el quebrantamiento de la prohibición podía conllevar varios efectos dependiendo del momento en que se descubriera el quebrantamiento. Así, si el sujeto era sorprendido en la frontera intentando entrar en nuestro país, esto es, intentando quebrantar la prohibición de entrada, procedía, como ahora, la devolución. Pero si era sorprendido ya dentro del país, el artículo 89.2 establecía que *ese incumplimiento conllevaba la ejecución en nuestro país de la totalidad de la pena impuesta —si se trataba de penas inferiores a 6 años— o del plazo que le restaba por cumplir —si se trataba de penas superiores a 6 años—*. Como se ha visto, la nueva regulación resulta mucho más contundente: devolución sea cual sea el lugar en el que se le ha descubierto quebrantando la prohibición y reinicio del cómputo de tiempo total de la prohibición de entrada. En definitiva, nos encontramos ante otro hecho más que nos da idea de cuál puede ser la verdadera naturaleza de la institución que aquí examinamos: servir a los intereses de la política migratoria e intentar conseguir —y quizás no lograr, si el sujeto quebranta la prohibición de entrada— la incoación.

También resulta posible plantear qué ocurre en aquellos casos en que, después de sustituida la pena privativa de libertad no se puede proce-

¹⁵⁴ Vid. artículo 58 LEX.

der a la expulsión por las razones que sean: bien porque el país de origen, o cualquier otro, no admite al ciudadano, bien —como ocurre en un gran número de casos— porque el extranjero se encuentra indocumentado y, en consecuencia, es imposible saber cuál es su país de origen. En estos casos, el artículo 89.1 quinto párrafo establece que se procederá al cumplimiento de la pena originariamente impuesta o de la parte de la pena que le resta por cumplir. En definitiva, cuando no sea posible proceder a la expulsión se opta por el cumplimiento de la pena en nuestro país. No obstante, puede haber casos en que inicialmente no se pueda proceder a la expulsión pero, con posterioridad, sí sea posible porque, por ejemplo, se haya logrado identificar al extranjero y, por tanto, saber cuál es su país de origen. En estos casos está todo previsto y, si se me permite la expresión, el Ordenamiento no deja ningún «fleco colgando» a fin de que se haga efectiva la filosofía perseguida con la expulsión: la inocuización fuera de nuestro país. En efecto, la Disposición Adicional 17ª de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dispone que cuando se decreta la expulsión por un juez o tribunal penal, la autoridad gubernativa deberá hacerla efectiva en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes a la resolución de expulsión pero mientras tanto, esto es, mientras no sea efectiva la expulsión, la citada Disposición Adicional establece que la sentencia en la que se acuerde la sustitución dispondrá que se comience a ejecutar la pena privativa de libertad. Esto es, hasta que no sea efectiva la expulsión el extranjero estará en prisión cumpliendo la pena. Pero todavía es posible plantear qué ocurriría en los supuestos en que se sobrepase ese plazo de treinta días, establecido en la citada Disposición, en el que la autoridad gubernativa tiene que hacer efectiva la expulsión. Si transcurre ese plazo, como establece el artículo 89.1 quinto párrafo, ¿se cumplirá la totalidad de la pena en nuestro país?. La redacción del artículo 89.1 quinto párrafo abonaría esa conclusión, sin embargo, la Disposición Adicional 17ª de la Ley Orgánica 19/2003 establece otra cosa: *ese plazo de 30 días es meramente orientativo* ya que se puede exceder «por causa justificada» que impida la expulsión. Luego, si transcurre ese plazo de 30 días y no ha sido posible proceder a la expulsión, el sujeto seguirá cumpliendo la pena hasta que sea posible lograr su expulsión. En definitiva, y al contrario de lo que ocurre en otros supuestos, todo el ordenamiento está perfectamente coordinado para lograr la finalidad perseguida: la expulsión; y ello aun cuando tradicionales derechos constitucionales sean abiertamente puestos en entredicho, o patentemente vulnerados, como el principio *non bis in idem*. Así, pensemos en el supuesto en el cual un extranjero ha sido condenado a una pena de 5 años de prisión y no ha sido posible proceder a la expulsión, por ejemplo, porque se desconoce su país de origen al ser un indocumentado; pensemos, también, que sólo se le ha podido identificar correctamente,

y por tanto saber cuál es su país de origen, tan solo tres meses antes del cumplimiento de la totalidad de la pena; ¿es posible sustituir esos tres meses que restan por cumplir y ejecutar la expulsión decretada por el juez en la sentencia? Teóricamente sí sería posible a tenor de lo establecido en la Disposición Adicional 17ª de la Ley Orgánica 19/2003 pero, como se podrá comprender, esa situación conllevaría una clara vulneración del principio *non bis in idem* porque el sujeto habría cumplido prácticamente la totalidad de la pena y, sin embargo, a ella se suma una nueva «pena» —la expulsión— por los mismos hechos y con idéntico fundamento: haber cometido un delito.

E. El artículo 89.4 CP y las previsiones de la Ley de Extranjería. Vulneración del principio *non bis in idem*.

Evidentemente, cuando se cumplan todos los requisitos objetivos y subjetivos establecidos en el artículo 89 CP, el Juez o Tribunal, sustituirá la pena privativa de libertad por la pena de expulsión del territorio nacional. Sin embargo, el artículo 89.4 establece una serie de supuestos en que está totalmente vedada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión.

El artículo 89.4 no se encontraba recogido en la redacción originaria del CP de 1995, sino que fue introducido por la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la LEX, y más concretamente por su Disposición Adicional segunda. En virtud de dicha reforma, y de la introducción en el artículo 89 de un nuevo número cuarto, queda vedada la posibilidad de expulsión del extranjero ilegal cuando éste haya cometido alguno de los delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518. Se trata de supuestos de tráfico ilegal de mano de obra y/o empleo de súbditos extranjeros en condiciones perjudiciales, de delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y de conductas de favorecimiento o integración en organizaciones o asociaciones que promuevan el tráfico ilegal de personas. Como se podrá advertir, la razón fundamental para el establecimiento de esta prohibición radica en la necesidad de introducir medidas para profundizar en la lucha contra el tráfico y explotación de seres humanos —normalmente cometido por mafias organizadas¹⁵⁵— que quedarían en mero papel mojado si quienes cometen esos delitos, tras ser condenados, ven sustituida su pena por la expulsión del territorio nacional habida cuenta que dicha expulsión posibilitaría que, al día siguiente, reanudasen la comisión de los delitos por los que fueron condena-

¹⁵⁵ Al respecto, y en mayor extensión, vid. PÉREZ CEPEDA, A.I.: *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op. cit., *passim*.

dos¹⁵⁶; y todo ello, además, sin contar con que la expulsión, en estos casos, tendría un claro efecto criminógeno, no sólo respecto a los sujetos que ya han sido condenados por tales delitos, sino respecto a otros sujetos o respecto a otras mafias organizadas a las que se les ofrecería el mensaje de que en España el tráfico y la explotación de seres humanos no conlleva ningún tipo de consecuencia penal, salvo la expulsión, que, por otra parte, permitiría seguir delinquiendo.

No obstante, y si atendemos a las previsiones de la LEX podremos observar cómo en el artículo 57.8 se establece expresamente que en el caso de condena por alguno de esos delitos, la expulsión se llevará a efecto una vez que se haya cumplido la pena privativa de libertad y con independencia de si el sujeto era residente legal o no. Pero me gustaría hacer notar que esta expulsión es de carácter administrativo y, en consecuencia, la orden de expulsión corresponde decretarla a las autoridades gubernativas y no al Juez o Tribunal penal; naturalmente, ello habrá de hacerse previa tramitación del correspondiente expediente administrativo. Y realizo esta última precisión porque del tenor literal del artículo 57.8 LEX parece desprenderse que la expulsión será automática porque, a diferencia de los otros supuestos de expulsión administrativa —así, por ejemplo, el recogido en los artículos 57.2 y 57.7 de la LEX— no se exige expresamente que se sustancie el correspondiente procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, en mi opinión, realizando una interpretación sistemática de la LEX y poniendo en relación los artículos 57.1, 57.2, 57.7, 57.9 y 58.2 con el 57.8, habría que indicar que es preceptivo que cualquier expulsión administrativa se lleve a cabo tras la tramitación del correspondiente expediente administrativo de expulsión y, en consecuencia, esa expulsión nunca podrá ser automática; nótese que, lo regulado en el artículo 57.8 LEX es una «expulsión» y no una «devolución» porque ésta última sí puede ser automática y no requiere la tramitación de ningún expediente administrativo. Además, si la expulsión del artículo 57.8 LEX fuese una expulsión automática o una devolución en sentido estricto, entonces habría que preguntarse por qué no se introdujo esa previsión en el artículo 89.4 CP, puesto que la misma Ley Orgánica 8/2000 que introdujo el artículo 89.4, introdujo también el artículo 57.8 LEX. Y la razón de ello, a mi juicio, habría que buscarla en la **posible vulneración del principio de legalidad y del principio non bis in idem** que se produciría si dicha expulsión se decretase de forma automática por el Juez o Tribunal penal tras haber cumplido el sujeto la totalidad de la condena.

¹⁵⁶ Idéntica finalidad tiene la prohibición de expulsión administrativa —artículo 57.7 LEX— cuando el sujeto se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por alguno de esos delitos relacionados con el tráfico o explotación de seres humanos.

Es cierto que en el CP, formalmente, la expulsión no es considerada una pena; esto es, no aparece contenida en el catálogo de penas establecido en el artículo 33 y, en consecuencia, su imposición no vulneraría el principio *non bis in idem*; pero, naturalmente, también es cierto que, si la expulsión no es una pena, no puede ser impuesta por los Tribunales penales tras haber cumplido el sujeto la totalidad de la pena impuesta. Es decir, si los Tribunales procediesen de esa forma —decretando la expulsión tras el cumplimiento de la pena— estarían infringiendo el principio de legalidad al imponer una pena no prevista en el CP.

Ahora bien, como veremos, la expulsión se encuentra prevista en el CP dentro del catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad. De esta forma, se podría entender que la expulsión automática tras el cumplimiento de la pena por alguno de los delitos recogidos en el artículo 89.4, sería una medida de seguridad adicional a la pena privativa de libertad. Pero, obsérvese que el CP no permite en ningún precepto imponer esa medida de seguridad de forma adicional a la pena privativa de libertad, sino que, tan sólo, en el artículo 108 permite imponerla como sustitutiva de otra medida de seguridad privativa de libertad¹⁵⁷. En consecuencia, si se impusiese de forma adicional al cumplimiento íntegro de la pena o de la medida de seguridad se vulneraría el principio de legalidad.

Pero, la previsión de la expulsión contenida en el artículo 57.8 LEX, la verdad es que no soluciona **el problema de posible vulneración del principio non bis in idem** dado que, si se observa, se están imponiendo dos sanciones —una penal y otra posterior administrativa— por unos mismos hechos y a idéntico sujeto. Naturalmente, para entender vulnerado el principio *non bis in idem*, no basta con esa identidad fáctica y subjetiva, sino que, además, es necesario que exista una identidad de fundamento entre ambas sanciones¹⁵⁸; y, a este respecto, a mi juicio, concurre esa identidad de fundamento. En efecto, nótese que el fundamento para la imposición de ambas sanciones es el mismo: haber cometido alguno de los delitos especificados en el artículo 89.4 CP y reiterados en el artículo 57.8 LEX. Además, recordemos que la sanción administrativa de expulsión posterior al cumplimiento de la pena, es una sanción que se puede imponer tanto a los extranjeros ilegales, como también, a aquellos que son residentes legales; luego parece estar claro que *el fundamento de esa expulsión gubernativa no está en la irregularidad o ilega-*

¹⁵⁷ Así, hasta que entre en vigor la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 porque, a partir del 1 de octubre de 2004, las medidas de seguridad no privativas de libertad también podrán dar lugar a la expulsión.

¹⁵⁸ En mayor extensión, vid. MUÑOZ LORENTE, J.: *La nueva configuración del principio non bis in idem*, Madrid, 2001, *passim*.

lidad administrativa de la situación de residencia del sujeto, sino en la comisión de un delito de los recogidos en el artículo 89.4 y por el cual el sujeto ya ha cumplido la sanción penal.

Naturalmente, que en este supuesto se entienda vulnerado el principio *non bis in idem* no significa que no se pueda expulsar administrativamente al extranjero tras haber cumplido la pena, sobre todo cuando el extranjero no es residente legal. En efecto, si no es posible aplicar el artículo 57.8 LEX —por los problemas de vulneración del principio *non bis in idem*—, la LEX prevé otros mecanismos para proceder a la expulsión porque la mera situación de ilegalidad en cuanto a la residencia ya supone la posibilidad de expulsar al extranjero por otra vía distinta a la del artículo 57.8; más concretamente, la prevista en el artículo 57.1. En este caso, el fundamento de la sanción administrativa de expulsión sería distinto del de la sanción penal; mientras que esta última se basaría en la comisión de un delito de los especificados en el artículo 89.4 CP, el fundamento de la sanción administrativa estribaría en la situación de ilegalidad del sujeto; con ello no se vulneraría el principio *non bis in idem*; pero, naturalmente la iniciación y sustanciación del procedimiento habría de llevarse por la vía de la ilegalidad administrativa del extranjero —artículo 57.1 LEX— y no por la comisión de alguno de los delitos establecidos en el artículo 89.4 y reiterados en el artículo 57.8 LEX.

Sin embargo, a mi juicio, en el caso de los residentes legales que hubiesen cometido un delito de los establecidos en el artículo 89.4 nunca sería posible proceder a la expulsión, ni en vía penal, ni en vía administrativa. En vía penal, porque, como se ha visto lo prohíbe el artículo 89.4; y en vía administrativa porque ello, como se ha señalado, vulneraría el principio *non bis in idem* y en la LEX no existe otra vía alternativa para proceder a su expulsión, salvo que se les deniegue el permiso de residencia y se conviertan en ilegales; a mi juicio, para estos casos tampoco sería posible utilizar la vía ofrecida por el artículo 57.2 LEX porque, como vimos, plantea idénticos problemas respecto a la vulneración del principio *non bis in idem*: el fundamento de ambas sanciones es idéntico: la comisión de un delito por el que, además, ya se ha cumplido una pena.

4. RELACIÓN CON OTRAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN

No conviene olvidar que la figura de la expulsión penal del extranjero se nos presenta formalmente en el CP como una alternativa a la pena privativa de libertad. Su ubicación dentro del CP —en el Capítulo dedicado a otras tradicionales alternativas a prisión como la condena con-

dicional o la sustitución en sentido estricto— así parece configurarla. Naturalmente, otra cosa es que, desde un punto de vista material, nos encontremos ante una verdadera y clara alternativa a la prisión. En otros términos, y aunque ello signifique adelantar conclusiones, se pretende hacernos creer que, por su concreta ubicación dentro del CP, se trata de una figura que responde a la filosofía propia de las tradicionales alternativas a la prisión lo que, sin duda alguna, resulta muy alejado de la realidad porque no reúne las propiedades y cualidades características para que podamos atribuirle el calificativo de verdadera alternativa a la pena privativa de libertad.

Se suele señalar que dos de los rasgos más significativos de la actual evolución de los sistemas penales son, por una parte, el progresivo abandono y reducción de las penas privativas de libertad¹⁵⁹ —de lo que nuestro nuevo Código Penal no parece haber sido un ejemplo y las sucesivas reformas tampoco¹⁶⁰— y, por otra parte, **la cada vez más frecuente proliferación de mecanismos tendentes a evitar la aplicación de penas privativas de libertad de corta duración**¹⁶¹, esto es, *la cada vez más frecuente proliferación de lo que se suele denominar como alternativas a la prisión*. Este último es un hecho que, además, parece haber sido asumido, de forma expresa, por el Código Penal de 1995 —al menos teóricamente— cuando, en su Exposición de Motivos, señala que la profunda reforma del sistema de penas que se produce con su promulgación se ha llevado a cabo «de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna. El sistema que

¹⁵⁹ Tendencia al progresivo abandono de las penas privativas de libertad que, a juicio de ROXIN, proseguirá en el futuro; vid. ROXIN, C.: «El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo», en ROXIN, C.: *Dogmática penal y política criminal*, traducción de M.A. Abanto Vásquez, Lima, 1998, p. 452. De idéntica opinión, vid. MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 185. De opinión contraria, vid. LANDROVE DÍAZ, G.: «Prisión y substitutivos penales», en QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS (Coords.): *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 428.

¹⁶⁰ Y en este sentido se pronuncia, por ejemplo, el Consejo General del Poder Judicial; así, vid. *Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 12 de julio de 1999, sobre la aplicación del nuevo Código Penal*, ejemplar mecanografiado, pp. 23-24 y 45-46, en donde se señala expresamente respecto del Código Penal de 1995 que «la entrada en vigor del nuevo Código Penal, no ha significado una disminución de la pena privativa de libertad, sino todo lo contrario» y, por otra parte, que «*existen muy pocos casos en los que el legislador directamente prescinda de la cárcel imponiendo pena de multa*», añadiendo que «las alternativas establecidas son en general muy severas en relación a los ilícitos que castigan», además de que «la regulación de las alternativas no siempre es respetuosa con el principio de legalidad». La cursiva aparece recogida en el documento original.

¹⁶¹ En este último sentido, vid. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general*, 4ª edición, PPU, Barcelona, 1996, p. 708. También, señalando cómo ésta última es una tendencia generalizada en los países de nuestro entorno, vid. GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, op. cit., p. 99.

se propone simplifica... la regulación de las penas privativas de libertad, **ampliando, a la vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos».**

Es decir, en virtud de lo que se señala en la Exposición de Motivos parece que el sistema de penas en el nuevo Código y, particularmente, *los sustitutivos de la pena —entre los que formalmente se situaría la expulsión del extranjero—, al menos teóricamente, se encuentran notablemente influidos por la idea de reeducación y reinserción social del condenado* que emana del artículo 25.2 de la Constitución y, en consecuencia, en la medida de lo posible, la finalidad de tales previsiones se encuentra encaminada a lograr la reeducación y reinserción social del delincuente. Es en este contexto de reeducación y reinserción social, donde, en principio —y, reitero, según la Exposición de Motivos— deberíamos enmarcar el estudio de la figura que aquí nos ocupa —la expulsión del extranjero— como alternativa o como sustitutivo que formalmente es —puesto que no hay que olvidar que se encuentra recogida dentro del Libro I, Título III, Capítulo III del Código Penal y cuya rúbrica es «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad¹⁶²», esto es, lo que comúnmente se conoce como alternativas a las penas privativas de libertad—. Ahora bien, **habría que preguntarse si, como tal sustitutivo o como tal alternativa, la figura de la expulsión del extranjero, en realidad, cumple con las finalidades de reeducación y reinserción social que la Exposición de Motivos pretende atribuir a todos los sustitutivos penales.**

Normalmente, cuando se habla de alternativas a la pena privativa de libertad se alude a un heterogéneo conjunto de mecanismos y medidas de muy distinto signo¹⁶³; quizás, **el único denominador común a todas esas alternativas sea que pretenden evitar la aplicación de la pena privativa de libertad de corta duración.**

Dentro de ese contexto heterogéneo de alternativas a la prisión se puede constatar la existencia de posturas o **alternativas ciertamente radicales y utópicas** —como sería, por ejemplo, el abolicionismo— que pretenden, bien la abolición de la cárcel, bien la abolición del sistema penal en su conjunto¹⁶⁴, partiendo de una idea básica y común: si con

¹⁶² Dicha rúbrica cambiará con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, añadiéndose a la misma los términos «y de la libertad condicional».

¹⁶³ Al respecto, vid. SERRANO PASCUAL, M.: *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 27 y ss.

¹⁶⁴ Ciertamente, como señala LARRAURI PIJOAN, E.: «Abolicionismo del Derecho Penal: las propuestas del movimiento abolicionista», en *Poder y Control*, núm. 3, 1987,

el tradicional sistema de penas —basado primordialmente en la pena privativa de libertad— no se consigue abordar satisfactoriamente el problema de la criminalidad ¿por qué no se recurre a la abolición de la cárcel o del sistema penal en su conjunto? Naturalmente, considero que este no es el momento de analizar en profundidad las propuestas de las posturas abolicionistas¹⁶⁵ y las críticas que, como se podrá comprender, se les han dirigido¹⁶⁶. Lo que sí parece cierto es que, en la actualidad, tanto el sistema penitenciario, como el sistema penal en su conjunto, carecen de sustitutivos globales¹⁶⁷ y, si estos existiesen o se pusiesen en práctica, nos encontraríamos con un problema adicional como sería el surgimiento de otros sistemas de control social espontáneos¹⁶⁸ que serían mucho más difíciles de controlar y limitar que el Derecho Penal o, al menos, no tendrían las garantías y controles for-

pp. 98 y ss., cuando se habla del abolicionismo no se sabe muy bien a qué se está haciendo referencia, si a la abolición de la cárcel o a la abolición del sistema penal en su conjunto, aunque como sigue señalando la misma autora «el abolicionista «verdadero» aboga no sólo por la abolición de la cárcel sino también por la abolición del sistema de justicia penal». En similar sentido, vid. RIVERA BEIRAS, I.: *El problema de los fundamentos de la intervención jurídico-penal. Las teorías de la pena*, Espluges de Llobregat, 1998, p. 78

¹⁶⁵ Que se concretan, sustancialmente, en «civilizar» el Derecho Penal, esto es, en la realización de una especie de contrato civil entre autor y víctima. Al respecto, en mayor extensión, vid. RIVERA BEIRAS, I.: *El problema de los fundamentos de la intervención jurídico-penal. Las teorías de la pena*, op. cit., p. 79 y, también, p. 81 sobre los problemas que podría conllevar esta forma de proceder en la medida en que podría conllevar una criminalización del Derecho Civil

¹⁶⁶ Críticas que han sido consecuencia, no de sus rotundas y explícitas influencias marxistas, sino porque sus tesis resultan ciertamente utópicas (en este último sentido, por ejemplo, entre otros, vid. MAPELLI CAFFARENA / TERRADILLOS BASOCO: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª edición, Madrid, 1996, p. 121; HASSEMER / MUÑOZ CONDE: *Introducción a la Criminología*, Valencia, 2001, p. 363; MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) *et alli: Manual de Derecho Penal. Parte general*, Pamplona, 1999, pp. 34-35 y 137). Utopía que, como señala RIVERA BEIRAS, nunca han negado los propios abolicionistas (RIVERA BEIRAS, I.: *El problema de los fundamentos de la intervención jurídico-penal. Las teorías de la pena*, op. cit., p. 79). Como ejemplo de esta última circunstancia, vid. SUAY HERNÁNDEZ, C.: «Refutación del *ius puniendi*», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Vol. I, Cuenca, 2001, p. 745, quien, a pesar de reconocer la utopía de los planteamientos abolicionistas, estima como sumamente sugerente la posibilidad de prescindir absolutamente del Derecho Penal y propugna asumir como ideal —y utópica— la visión de un mundo sin Derecho Penal y sin delitos.

¹⁶⁷ Y especialmente en sociedades como las actuales caracterizadas por un enorme grado de complejidad que propicia el incesante nacimiento de nuevas normas penales y no, precisamente, la desaparición de éstas como pretenden los abolicionistas. En este sentido, vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a: *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 20-21.

¹⁶⁸ En este mismo sentido, MAPELLI CAFFARENA / TERRADILLOS BASOCO: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª edición, op. cit., p. 121.

malizados que tiene éste¹⁶⁹. Por ello, en la actualidad, de forma general, se parte de la base de que el Derecho Penal es «una amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos que son los hombres»¹⁷⁰, esto es, como un mal imprescindible que, por supuesto, no significa eliminar el poder punitivo del Estado pero sí intentar que éste intervenga lo mínimo posible. Y dado que, como muy gráficamente señala LANDROVE DÍAZ, «hay Derecho Penal para rato»¹⁷¹, en este contexto se incluyen **otras alternativas a la prisión mucho menos extremas** que el abolicionismo y que, en la actualidad, resultan ser mayoritarias, tanto en la doctrina como en la legislación de los diferentes Estados de nuestro entorno jurídico¹⁷².

Precisamente, dentro de estas alternativas menos extremas es en las que cabe inscribir la figura que aquí nos ocupa: la expulsión del extranjero; al menos, de momento, nominal y formalmente —tal y como lo hace el Código al situarla, en el mismo Capítulo que otras alternativas—, porque ello, como veremos, no significa todavía que se trate de una verdadera alternativa a la prisión.

No obstante, conviene cuestionarse, en primer lugar, cuáles son las razones de que, en la actualidad, exista esa tendencia generalizada —siquiera nominal o supuesta¹⁷³— a prescindir de las penas privativas de libertad y,

¹⁶⁹ En este mismo sentido, vid. HASSEMER / MUÑOZ CONDE: *Introducción a la criminología*, op. cit., 2001, p. 322. De idéntica opinión, vid. Díez RIPOLLÉS, J.L.: «El bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista», *Jueces para la Democracia*, núm. 30, noviembre 1997, p. 11, quien señala cómo estas posturas no hacen otra cosa que trasladar la problemática a otros subsistemas de control social mucho menos formalizados que el Derecho Penal; también, constatando como el abolicionismo penal encuentra difícil justificación dado que no sería fácil encontrar un sistema de control social menos represivo ni menos arbitrario y, si es posible encontrarlo, quizás, sólo se lograra un simple cambio de etiquetas, vid. LANDROVE DÍAZ, G.: «Prisión y sustitutivos penales», op. cit., p. 425; también, sobre los riesgos de abolicionismo, siguiendo a FERRAJOLI, vid. RIVERA BEIRAS, I.: *El problema de los fundamentos de la intervención jurídico-penal. Las teorías de la pena*, op. cit., p. 96.

¹⁷⁰ En expresión del Proyecto Alternativo alemán. Al respecto, vid. JAÉN VALLEJO, M.: «La legitimación del Derecho Penal y su función social», en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. 2º, Valencia, 1997, p. 56. Críticamente respecto a esas afirmaciones del Proyecto Alternativo Alemán, vid. SUAY HERNÁNDEZ, C.: «Refutación del ius puniendi», op. cit., p. 745, quien señala como en Derecho Penal, ni es necesario, ni es amargamente necesario; «lo necesario es únicamente la protección de bienes jurídicos; la utilización de las leyes penales como instrumento eficaz para ello, es algo coyuntural que quizás no sea necesario en el futuro si realmente así lo queremos».

¹⁷¹ LANDROVE DÍAZ, G.: «Prisión y sustitutivos penales», op. cit., p. 425.

¹⁷² A este último respecto, vid. GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, op. cit., p. 99.

¹⁷³ Porque, como ya se ha señalado, nuestro Código no parece haber sido un ejemplo de ello.

especialmente, al aumento de los sustitutivos penales o mecanismos que pretenden evitar la aplicación de las penas privativas de libertad; esto es, las razones de la proliferación de las alternativas a la prisión. Los motivos o fundamentos de tal tendencia habría que buscarlos en la cada vez más patente crisis de la cárcel, y de las penas privativas de libertad, como institución resocializadora y de reinserción social del delincuente; y ello, a pesar de que, de forma grandilocuente, nuestra Constitución señale en su artículo 25.2 que las penas privativas de libertad habrán de orientarse hacia la resocialización y reinserción del delincuente, esto es, a recuperar a las personas condenadas a fin de evitar la reiteración en los hechos delictivos. Naturalmente, una cosa es lo que la Constitución atribuya como *desideratum* a cumplir por las penas privativas de libertad¹⁷⁴, y otra muy distinta, lo que ocurra en la realidad cotidiana: que las penas privativas de libertad no cumplen con esa función de reeducación y reinserción social. Curiosamente, esa declaración grandilocuente realizada por la Constitución en el artículo 25.2 se llevó a cabo en un momento histórico —año 1978— en que la ideología resocializadora de la pena privativa de libertad y de la cárcel ya arrastraba una profunda crisis en el ámbito comparado por el escepticismo que había provocado su operatividad para la consecución de esos fines¹⁷⁵. En la actualidad, esa ideología resocializadora se encuentra en franco declive porque son muchas, y certeras, las críticas que contra la misma se han dirigido, llegándose a señalar que, respecto a las orientaciones resocializadoras, probablemente «el escepticismo sea hoy la postura más científicamente honesta»¹⁷⁶.

En efecto, hace ya mucho tiempo que la doctrina se muestra abiertamente escéptica acerca del fin resocializador de la pena privativa de

¹⁷⁴ Porque, además, así ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional negando que tenga el carácter de un derecho subjetivo del interno y limitándolo a un mandato dirigido al legislador para orientar la política criminal y penitenciaria. Al respecto, en mayor extensión, y con numerosas citas jurisprudenciales, vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: «Derechos fundamentales entre rejas», en ICADE (*Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*), núm. 42, 1997, p. 302; en el mismo sentido, vid. MAPELLI CAFFARENA / TERRADILLOS BASOCO: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª edición, op. cit., p. 126.

¹⁷⁵ En este mismo sentido, vid. MIR PUIG, S.: «¿Qué queda en pie de la resocialización?», en MIR PUIG, S.: *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 142. Por ejemplo, ROXIN cifra el comienzo de esa crisis y, en consecuencia, del abandono de la idea de resocialización en el año 1975, es decir, curiosamente, tres años antes de que la resocialización fuese ampulosamente recogida por nuestra Constitución; ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte general*, traducción de la 2ª edición alemana y notas de LUZÓN PEÑA / DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO / de VICENTE REMESAL, Madrid, 1997.

¹⁷⁶ Así, vid. Así, vid. MAPELLI CAFFARENA / TERRADILLOS BASOCO: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª edición, op. cit., p. 42.

libertad¹⁷⁷ porque la realidad demuestra que no consigue lograr su objetivo: resocializar al delincuente. Por ello, en la actualidad, de forma común, se suele atribuir a las penas un sentido preventivo-general, esto es, intimidatorio frente al colectivo social. Pero, si se ha capitulado ante la realidad de la difícil, cuando no imposible, resocialización del delincuente, sin embargo, *no se ha capitulado ante el hecho de que las penas privativas de libertad, al menos, no deben desocializar al delincuente; en otros términos, se entiende que la mejor política de reinserción social es*

¹⁷⁷ Al respecto, entre otros, vid. BERGALLI, R.: *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Madrid, 1976, passim; BOIX REIG, J.: «Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución (la reeducación y reinserción social del condenado)», en AA.VV.: *Escritos penales*, Valencia, 1979, pp. 114-115; CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español. Parte general I, Introducción*, 5ª edición, Madrid, 1998, pp. 28-29; del mismo autor, y en los mismos términos, vid. «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995», en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. 1º, Valencia 1998, p. 1; DIÉZ RIPOLLÉS, J.L.: «El bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista», op. cit., p. 11; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «La supuesta función resocializadora del Derecho Penal», en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Estudios Penales*, Barcelona, 1984, pp. 17 y ss; del mismo autor y en el mismo sentido, vid., también, «Problemas y tendencias de la moderna Criminología», en GARCÍA-PABLOS, A. (Dir): *Criminología*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, pp. 353 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: «Sobre lo interno y lo externo, lo individual y lo colectivo en el concepto penal de culpabilidad», en SILVA SÁNCHEZ, J.Mª (Edit.): *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 276-277; también publicado en GÓMEZ-BENÍTEZ, J.M.: *Estudios Penales*, Madrid, 2001, pp. 93 y ss.; también, del mismo autor, vid. GÓMEZ-BENÍTEZ, J.M.: «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, monográfico 3, 1980, especialmente, p. 47; también, del mismo autor y en el mismo sentido, vid. GÓMEZ-BENÍTEZ, J.M.: «La idea moderna de la proporcionalidad de las penas», en *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Bilbao, 1990, p. 316; HASSEMER / MUÑOZ CONDE: *Introducción a la Criminología*, op. cit., pp. 241 y ss. y 345 y ss.; JAÉN VALLEJO, M.: «La legitimación del Derecho Penal y su función social», en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. 2º, Valencia, 1997, p. 52; LARRAURI PIJOAN, E.: «Relación entre índice de delitos, población reclusa y penas alternativas a la prisión», en RECHEA ALBEROLA, C. (Dir.): *La criminología aplicada II, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1998, p. 82; MAPELLI CAFFARENA / TERRADILLOS BASOCO: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª edición, op. cit., p. 42; MIR PUIG, S.: «¿Qué queda en pie de la resocialización?», op. cit., pp. 141 y ss.; MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) *et alli: Manual de Derecho Penal. Parte general*, op. cit., pp. 68 y 130-131; MUÑOZ CONDE, F.: «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», en MIR PUIG, S. (comp.): *La reforma del Derecho Penal*, Bellaterra, 1981, pp. 61 y ss., también publicado en AA.VV.: *Política criminal y reforma del Derecho Penal*, Bogotá, 1982, pp. 148 y ss.; también, del mismo autor, «La prisión como problema: resocialización versus desocialización», en MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal y control social*, Jerez de la Frontera, 1985, pp. 87 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E.: *Sobre el concepto de Derecho Penal*, Madrid, 1981, pp. 299-300; ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte general*, op. cit., pp. 87-88; ROXIN, C.: «Sentido y límites de la pena estatal», en ROXIN, C.: *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. y notas de D. Luzón Peña, Madrid, 1976, pp. 15 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.Mª.: *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, op. cit., p. 28.

*aquella que evita la desocialización del condenado*¹⁷⁸; y, precisamente, es en este contexto de evitación de la desocialización donde se inscriben las comunes y clásicas alternativas a la pena privativa de libertad entre las cuáles, adelantaré, que no se inscribe la expulsión del extranjero, aunque formalmente el CP la trate como tal porque, ni su finalidad es resocializadora, ni tampoco persigue evitar la desocialización expulsando al extranjero a su país de origen.

Como se ha señalado antes, el único denominador común a todas las alternativas a la prisión es el de evitar la aplicación y ejecución de la pena privativa de libertad a través de muy distintos mecanismos. En este sentido, no existiría ningún problema para caracterizar a la expulsión del extranjero como una verdadera alternativa a la pena privativa de libertad puesto que su rasgo más característico es, precisamente, que se sustituye la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional lo que, como se podrá comprender, conlleva la puesta en libertad del sujeto y, evidentemente, mayor evitación de la pena privativa de libertad creo que no puede existir. Normalmente, en las clasificaciones que realiza la doctrina, la sustitución de la pena privativa de libertad por otra pena —menos severa— o por la libertad —así, por ejemplo, en el caso de la suspensión condicional de la ejecución de la pena— se suele considerar como una alternativa a la prisión, precisamente porque evita ésta última¹⁷⁹. En consecuencia, y como tal alternativa a la prisión, la expulsión del extranjero debería cumplir las mismas funciones o tener las mismas finalidades que, por lo general, cumplen y se les atribuyen a las alternativas a la prisión. Precisamente, lo que debemos cuestionarnos es si, y hasta qué punto, la expulsión del extranjero cumple las mismas funciones o tiene las mismas finalidades que pueden tener otras alternativas a la prisión «más clásicas» como, por ejemplo, pueden ser la suspensión condicional de la pena o la sustitución de una pena privativa de libertad por otra pena menos severa o no privativa de libertad o, en fin, la libertad condicional¹⁸⁰. Precisamente, en mi opinión, es en estas últimas instituciones en las que deberemos fijarnos para responder a la cuestión planteada.

Pero, la respuesta a ese interrogante pasa, en primer lugar por preguntarse acerca de la naturaleza jurídica de la figura de la expulsión del

¹⁷⁸ En este mismo sentido, vid. GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, op. cit., pp. 34 y 41.

¹⁷⁹ Al respecto, y en mayor extensión, vid. SERRANO PASCUAL, M.: *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, op. cit., pp. 48 y ss.

¹⁸⁰ Aunque esta última, formalmente se inscribe dentro del Capítulo III dedicado a los sustitutivos penales, como señala GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, op. cit., p. 99.

extranjero. Para ello, conviene distinguir entre la sustitución de la pena por la expulsión cuando se trate de penas de menos de seis años, y la sustitución cuando se trate de penas privativas de libertad iguales o superiores a seis años.

En el caso de la sustitución de penas inferiores a seis años por la expulsión debemos preguntarnos **si nos encontramos ante un auténtico y genuino supuesto de sustitución de la pena privativa de libertad**. A lo que, como veremos, habrá que responder negativamente.

Es innegable que el CP inscribe esa figura en la Sección 2ª del Capítulo III, del Título III, del Libro I. Las rúbricas de la Sección y del Capítulo, a este respecto no dejan lugar a dudas. Así, la rúbrica del Capítulo es del siguiente tenor literal: «de las formas **sustitutivas** de la ejecución de las penas privativas de libertad»; y la rúbrica de la Sección alude a «la sustitución de las penas privativas de libertad». Por tanto, parece que no debería haber ninguna duda sobre el carácter sustitutivo de la institución que aquí nos ocupa y, plantearlo, sería poco menos que un absurdo habida cuenta de la claridad del Código en este sentido. Sin embargo, lo que a mi juicio habría que cuestionarse es si nos encontramos ante una sustitución en el sentido de la rúbrica del Capítulo —sustitución genérica— o si, por el contrario, estamos situados ante una sustitución en el sentido de la rúbrica de la Sección 2ª en la que se encuentra ubicada la expulsión del extranjero —sustitución en sentido estricto—.

Naturalmente, para saber si nos encontramos ante un supuesto de sustitución en sentido estricto, la expulsión del extranjero debería cumplir con las características y requisitos propios de la sustitución en sentido estricto. A este respecto, la característica principal de la sustitución en sentido estricto —contenida en el artículo 88 CP— viene determinada porque, en la misma, siempre se sustituye una pena privativa de libertad **por otra pena**, ya sea de arresto de fin de semana¹⁸¹, de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad. Sin embargo, *en el caso de la expulsión del extranjero, la pena privativa de libertad no se sustituye por otra pena*. En efecto, la expulsión del extranjero no se encuentra contemplada en el catálogo de penas contenido en el artículo 33 del CP y, en consecuencia, no se puede reputar como una auténtica pena, esto es, la expulsión no tiene la naturaleza de pena. Por el contrario, la expulsión del extranjero sí se encuentra expresamente contemplada en el artículo 96.3.5ª **como una medida de seguridad no privativa de libertad**

¹⁸¹ Que también es una pena privativa de libertad, aunque menos gravosa que la pena de prisión.

que se puede aplicar como sustitutiva de otra medida de seguridad privativa de libertad en virtud de lo preceptuado en el artículo 108 del CP. Luego ya nos encontramos con la primera diferencia entre la sustitución en sentido estricto y la expulsión del extranjero que podría hacer que negásemos a ésta la naturaleza de sustitución en sentido estricto porque no se produce la sustitución de una pena privativa de libertad por otra pena más benigna —que es lo característico de la sustitución en sentido estricto—, sino que se sustituye por lo que en el CP aparece calificado como una medida de seguridad; medida de seguridad —en sustitución de la pena privativa de libertad— que, además, se aplicaría sin necesidad de que se diesen los requisitos propios para la aplicación de una medida de seguridad como son, particularmente, los contenidos en los artículos 95.1.2^a —necesidad de que exista un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos— y principalmente 101 y ss. —que el sujeto haya sido declarado exento de responsabilidad criminal conforme a los números 1º, 2º ó 3º del artículo 20 CP o en los supuestos de eximente incompleta en relación con esos mismos preceptos—¹⁸².

No obstante, no es esa la única diferencia que posibilita negar a la expulsión del extranjero la naturaleza de auténtica sustitución en sentido estricto. En efecto, la sustitución en sentido estricto —artículo 88 CP— se prevé para penas privativas de libertad que no superen un año de duración y, excepcionalmente, para penas privativas de libertad que no superen los dos años. Sin embargo, en el caso de la expulsión del extranjero no se respetan esos límites y se superan notablemente porque es posible aplicar la medida sustitutiva a penas de hasta seis años de privación de libertad. Ello no se encuentra en consonancia con una de las características propias de todas las alternativas a la prisión dado que éstas sólo se prevén para supuestos de penas privativas de libertad de corta duración¹⁸³ y se entiende por tales aquellas que no superen los dos años de privación de libertad tal y como ha previsto nuestro legislador de 1995¹⁸⁴ excepto para el supuesto de expulsión del territorio nacional.

Si continuamos comparando la sustitución en sentido estricto con la expulsión del extranjero podremos encontrar otras notables diferencias que saltan a la vista. Así, por ejemplo, mientras que la sustitución

¹⁸² No obstante, atribuyéndole el carácter o la naturaleza de medida de seguridad no privativa de libertad, vid. la reciente STS 901/2004, de 8 de julio. Criterio que, como se ha indicado, aquí no se comparte.

¹⁸³ Al respecto, vid. SERRANO PASCUAL, M.: *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, op. cit., pp. 27-28.

¹⁸⁴ En este mismo sentido, vid. GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación de Penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, op. cit., p.42.

en sentido estricto, para proceder a su aplicación, obliga al Juez o Tribunal a tener en cuenta «las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado» o que «cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social» y, además, que «no se trate de reos habituales»¹⁸⁵, por el contrario la expulsión del extranjero, para su aplicación, no obliga a tener en cuenta ninguna de esas circunstancias; basta solamente con que se den los requisitos objetivos en cuanto a la duración de la pena: inferior a seis años, con independencia de cuáles sean las circunstancias personales del culpable y la naturaleza del hecho, así como es indiferente examinar si el cumplimiento de la pena podría frustrar los fines de prevención y reinserción social y, por supuesto, también se puede aplicar la expulsión en el caso de tratarse de reos habituales.

Nótese que la sustitución de las penas inferiores a seis años por la expulsión, en cuanto a su naturaleza, se acerca más a otra de las alternativas a la prisión prevista en el CP. Y me refiero concretamente a la condena condicional o suspensión condicional de la ejecución de la pena. En esta, la pena privativa de libertad no se sustituye por otra pena más benigna, sino que, al igual que en el caso de la expulsión, se sustituye por la libertad. Sin embargo, y aunque la expulsión se acerque o asemeje más a la condena condicional, son numerosas las diferencias que las separan. Así, en primer lugar, la duración de las penas que se sustituyen: mientras en el caso de la expulsión éstas pueden llegar hasta seis años, en el caso de la condena condicional sólo se permite la sustitución de penas inferiores a dos años, salvo casos excepcionales en que se podrán sustituir penas de hasta tres años¹⁸⁶; es decir, el artículo 89 CP permite sustituir penas que tienen una duración muy superior, más concretamente, el doble.

Pero esa no es la única diferencia entre una y otra institución. En efecto, mientras que la condena condicional obliga a atender a la peligrosidad criminal del sujeto —y, en consecuencia, si ésta concurre no es posible aplicarla— para la expulsión, no importa si el sujeto es criminalmente peligroso o no. Es decir, se puede aplicar tanto si se considera que volverá a delinquir como si no.

¹⁸⁵ Concepto de habitualidad que se recoge en el artículo 94 del CP: «se considerarán reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello».

¹⁸⁶ Así, en el caso de los toxicómanos, en virtud de lo previsto en el artículo 87 CP. Cuando entre en vigor la Ley Orgánica 15/2003, en el caso de los toxicómanos se prevé la posible aplicación para penas de hasta 5 años.

Por otro lado, la condena condicional exige el cumplimiento de ciertos requisitos que no son necesarios para la aplicación de la expulsión. Así, en primer lugar, se exige que el sujeto haya delinquido por primera vez; como ya se ha señalado con anterioridad, que la pena impuesta o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años de privación de libertad; que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles —requisito que, como vimos, se exigía en la antigua LEX y que desapareció con la promulgación del artículo 89— y, por último, que el sujeto no delinca durante el tiempo de la suspensión de la pena. Ninguno de estos requisitos son exigidos por el artículo 89 del CP.

En definitiva, la sustitución de la pena por la expulsión, se acerca más a la figura de la condena condicional que a la de la sustitución en sentido estricto. Y ello, aunque le separen muchos elementos, porque en lo único que coinciden ambas es en que se sustituye la pena por la puesta en libertad, condicionada en un caso a que no se delinca durante el tiempo de suspensión y, en el otro, a que no se regrese a nuestro país; es decir, en este último caso, poco importa si el sujeto vuelve a delinquir o no en su país de origen.

Evidentemente, las dos instituciones con las que ha sido comparada la expulsión del extranjero —la sustitución en sentido estricto y la condena condicional— tienen, como ya dijimos, una nítida finalidad: lograr la reinserción del sujeto o, al menos, no desocializarle. Pues bien, en mi opinión, la expulsión del extranjero, no tiene ninguna de esas dos finalidades. Al precepto poco le importa si el sujeto vuelve a delinquir en su país de origen o no; es más, se podría decir que la única finalidad perseguida por el precepto es la de evitar que el sujeto vuelva a delinquir en nuestro país. En consecuencia, las finalidades de reinserción o resocialización, o de no desocialización, cuando menos, se encuentran alejadas de la verdadera intención perseguida por el precepto que no es otra que la inocuización con la que se persigue que el sujeto no vuelva a delinquir en nuestro país; otra cosa es que esa pretensión sea efectiva.

Pero, si comparamos la sustitución de penas privativas de libertad superiores a seis años con la alternativa que resulta más parecida a ella —la libertad condicional— deberemos llegar a idénticas conclusiones. Con anterioridad, ya hemos dicho que se trata de una especie de libertad condicional *sui generis* porque, salvo el requisito de que se hayan cumplido las 3/4 partes de la pena o que el sujeto se encuentre clasificado en el tercer grado —circunstancias ambas que no tienen que concurrir conjuntamente en el caso de la expulsión—, no tiene ningún otro elemento en común con la libertad condicional. En efecto, en la libertad condicional, además del cumplimiento de los 3/4 de la pena, se exige la concurrencia de diversos requisitos que no exige el artículo 89 para

proceder a la sustitución. Así, para proceder a la expulsión no es necesario ni que el sujeto se encuentre en el tercer grado de tratamiento penitenciario, ni que haya observado buena conducta y que exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, ni que haya hecho efectiva la responsabilidad civil¹⁸⁷. Es decir, estos extremos poco importan al artículo 89 que, precisamente, parece estar más encaminado a evitar que el sujeto disfrute de la libertad condicional en nuestro país que a ofrecer un beneficio penitenciario a aquel sujeto que demuestre que efectivamente se encuentra reinsertado. Por otro lado, al artículo 89 tampoco le importa si el sujeto delinque durante el tiempo que dura su expulsión; lo único que le importa es que el sujeto no delinca en nuestro país; en definitiva, la inocuización.

Lo mismo ocurre cuando la expulsión se aplica como sustitutiva de una medida de seguridad privativa de libertad; en efecto, poco importa cuál es el estado mental del sujeto o, en caso de que se trate de un toxicómano, cuáles son las posibilidades de tratamiento que tiene en su país de origen. Lo único que importa, si se me permite la expresión es «quítárselo de encima». Es decir, esa sustitución no tiene la finalidad terapéutica que tienen todas las medidas de seguridad; lo único que importa es que el sujeto no permanezca en nuestro país aun cuando la expulsión pueda suponer una grave quiebra del principio de humanidad de las penas y medidas de seguridad.

En definitiva, y como se ha visto, las finalidades perseguidas por el artículo 89 CP se alejan mucho de las finalidades perseguidas con la instauración de otras alternativas a la pena privativa de libertad. La única finalidad que se persigue con la medida de expulsión es, como se ha señalado, la inocuización del delincuente: evitar que, por un período mínimo de 10 años, delinca en nuestro país. Naturalmente, otra cosa es que dicha inocuización sea efectiva dado que, la prohibición de entrada no impide que el sujeto pueda volver a entrar clandestinamente en nuestro país y siga cometiendo delitos dado el escaso efecto preventivo de la medida de expulsión.

¹⁸⁷ En este último caso me estoy refiriendo al nuevo requisito introducido —por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio— en el artículo 90.1 CP que exige haber satisfecho la responsabilidad civil para entender que concurre la buena conducta y el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.